أحكام المفقود والأسير

في

الشريعة الإسلامية

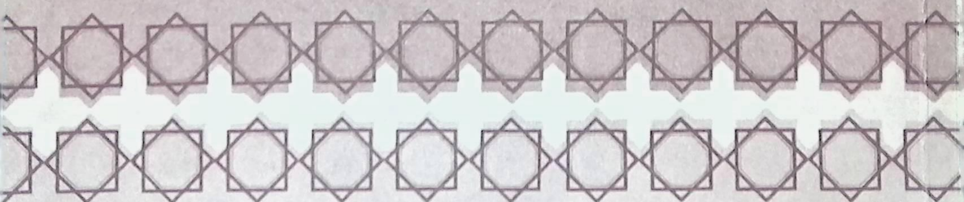
والقانون

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء في العراق

تأليف

أحمد حسن الطه

الطبعة الأولى



أحكام المفقود والأسير

في

الشريعة الإسلامية والقانون

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء في العراق

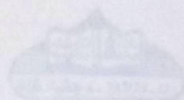
تأليف

أحمد حسن الطه

الطبعة الأولى

١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م





تقـــديم

بسم الله الرحمن الرحيم

حمدا لله على نعمه ، وشكرا له على توفيقه واحسانه ، وصلاتا وسلام على صفيه وحبيبه محمد وعلى آله واصحابه •

وبعـد

فان المكتبة الاسلامية العربية مع ما زخرت به من الكتب التراثيـة في فقهنا الاسلامي العظيم لا تزال تعـاني من فقـدان سفر جامع مانـع يبحث مشكلة الفقد والاسر وما يترتب عليهما من آثار اجتماعية ودينيـة ، ويناقش مسائلهما وجزئياتهما باسلوب مبسط وواضح وبشكل منظم ورتيب •

حتى اصبحت وكأن لسان حالها ــ بين أونة واخرى ــ يوجـه النداء تلو النداء الى ارباب الاقلام والكتابات واصحاب البحوث والمقالات لاعداد كتاب جليل ــ كهذا الكتاب • حتى جاءت الايام التي آن له ان يولد فيهـا فيها وفي ظروف مريرة يقاسي فيهـا المجتمع ضروبا من المحـن والحـوادث وكثيرا من الحروب والكوارث • فشاءت ارادتـه تعالى ان تستجيب لهـذه للنداءات قريحة أخ ماجد ، به نعتز ونفتخر وتتباهى (فضيلة الشيخ احمـد حسن الطه) •

فقد عرفته ــ قبل ان اعرف كتابه هذا ــ مدرسا مخلصـا ، واستاذا حريصا ، وخطيبا مصقعا ، ومرشدا ناصحا ، ومؤلفا محققا• •

وان مما اسعدني وشرفني وقوفي على مسـودة كتابـه الموسـوم بـ « احكام المفقـود والاسير في الشريعـة الاسلامية والقانون » • وما ان وضعت يد المسرة عليه ووجهت طرف الطرف اليه ، وقلبت حدقة العين فيـه متجولا في صفحاته وجنباته الا وعلاني الفرح وغمرني السرور حيث وقفت

على الكتاب الذي لم شتات هذا الموضوع وجمع مسائله من طيات الكتب وبطونها . كيف لا .. وقد قدم مؤلفه خدمة للقارىء والقاضي ، وعلما نافعا للمفتي والمتعلم لما اشتمل عليه من علم غزير ومعاني سامقة ، بأيسر التعبير واقصر السبل .

فقد كان موفقا في تبويبه ، وممعنا النظر في تأليفه وتنسيقه ، فأوجز واطنب ، ووضح ودلل ، ووازن وناقش ورجح . حتى جاء ـ بحمد الله تعالى ـ مصنفا يستحق احتلال الصدارة بين امثاله ، وينال المكانة المرموقة بين اقرانه .

لانه اشتمل على عرض جيد لاحوال الفقيد وانواعه ، وبين السبل الكفيلة بتنفيس الكرب عن المجتمعات المصابة به ، وفتح الطريق أمام ما تعانيه زوجة الفقيد من حرمان حماية الزوج ورعايته وفقدان المودة المتبادلة بينها وبين زوجها .

كما عالج الامور المتعلقة بأمواله وتوريثه والارث منه مضفيا عليه مؤلفه حللا من جزالة التعبير وسهولة الاسلوب ورصانة في السبك فلا تجد مسألة من مسائل هذا الموضوع الا والقى الاضواء عليها بحثا وتعقيبا وتدليلا واستنتاجا وجعل خاتمة المسك خلاصة من جهده واعتقاده ذاكرا فيها ما توصل اليه بحثه واجتهاده . فله من الله حسن المثوبة والختام ، ومن المسلمين خالص الشكر والاحترام وانا اذ احرر هذه الاسطر فاني لا اعني بذلك الوزن لما جاء فيه بل ما هي الا مشاعر واحاسيس جاشت بها روحي وضاق بها قلمي فأتسع للتعبير بها لساني ، لان المؤلف ارفع من ان اعقب عليه فهو المعروف بمكانته وعلمه .

بارك الله فيه وفي علمه ونفع به المسلمين وحماه الله من كل شر وسوء بمنه وفضله وكرمه .

الدكتور عبدالملك عبدالرحمن السعدي
العراق ـ الرمادي
الجامع الكبير
٩ رمضان المبارك ١٤٠٦هـ
١٨/٥/١٩٨٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمدا يليق بكماله ، واشكره شكرا يناسب جزيل افضاله ، سبحانك ربي لا احصى ثناء عليك ، انت كما اثنيت على نفسك • والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ، وعلى كافة اخوانه من النبيين ، والمرسلين ، واله وصحابته ، ومن اهتدى بهديه •

وبعد : فأن معظم البحوث الفقهية كسلع مخازن التجهيزات المهمة ، لابد لها من توفير كل مايحتاج اليه •

الا ان البعض من هذه البحوث تبقى مصنفة منضودة في بطون الكتب ، وصدور العلماء وقد يتعرض بعض جزئياتها في الصدور للنسيان لولا التدوين في السطور — لايسأل عنها ، ولاتبحث الا حينما تقع اسبابها فيسأل عنها ، وبعض هذه البحوث تمضي احقاب ، وتنقرض اجيال ولا تحصل اسبابها ، خصوصا في المجتمعات البسيطة • على ان المجتمعات الحضارية والتطور الصناعي افرزت كثيرا من الاثار التي بعثت بعض هذه البحوث من جديد ، وربما أحدثت مالم يسبق له نظير •

ومن تلك البحوث مسألة المفقود ، الذي فقده أهله ، سواء كانت غيبته ملفتة للنظر — كالذي يخرج من بيته الى مسجد المحلة ، او المقهى ، فلا يعود — ام غير ملفتة للنظر كالمسافر الى بلد بعيد أو المشارك في المعركة بالفعل ، وقد حصل بذلك قتال وأسر ذلك لان تأخر الاول وغيابه يلفت النظر • بخفاء السبب بعكس الثاني • لاحتمال ان يكون ميتا في دار الغربة ، او قتيلا ، او أسيرا ، او جريحا نتيجة مساهمته في المعركة •

والشريعة الاسلامية بما امتازت به من شمول احكامها لجميع شؤون الحياة (١) ، وتنظيم العلاقات بين الافراد والمجتمعات ، وبما عرفت به هذه الشريعة من البقاء ، باعتبارها خاتمة الرسالات(٢) ـ فقد تكفلت بوضع الحلول لما استجد ، او يستجد من وجوه التعامل ، على وجه يحقق العدل ، من غير انحياز الى طرف ، او إجحاف باحد . لانه سبحانه رب العباد ، « والله رؤوف بالعباد » (٣) .

بحكمة بالغة ، وعلم محيط ، لايقتضي تعديلا ، ولا تذييلا ، ولا استدراكا . لانه تنزيل العليم الحكيم .

قال تعالى : « ولقد جئناهم بكتاب فصلناه على علم هدى (٤) ورحمة لقوم يؤمنون »

وقال سبحانه : « مافرطنا في الكتاب من شيء » (٥)

اهمية بحث المفقود :

لبحث المفقود اهمية بالغة في الشريعة الاسلامية ، وذلك لاكثر من اعتبار :

١ . ان مسألة المفقود من المشاكل التي تشغل كل بال ، مع قطع النظر عن كون المفقود متزوجا او اعزب ، فقيرا ، او ذا مال . لان مجرد فقده

---

(١) من امور العقائد ، وقضايا الفكر ، والامور الاخلاقية والاداب ، والامور العملية . لذلك نجد ان آيات الكتاب الكريم والسنة المطهرة قد تعرضت لامور العقيدة ، والاخلاق ، ووجوه التعامل : من بيع ، وشراء ، ووكالة ، ورهن ، وقرض ، وقراض ، وصرف ومقايضة وغيرها من مسائل الاقتصاد . كما تعرضت لاحكام القضاء وما يتعلق به ، ولاحكام الجهاد والسلم والحرب ، والمعاهدات ، ومعاملة الاسرى .

(٢) قال سبحانه : « ما كان محمد ابا احد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » / الاحزاب / ٤٠ .

(٣) سورة آل عمران / الاية ٣١ .

(٤) سورة الاعراف / الاية ٥٢ .

(٥) سورة الانعام / الاية ٣٩ .

مصيبة اصيب بها اهله ، وذووه ، ومحبوه ، والامة كلها . وبالأخص عندما يكون الفقد قد حصل له في ميدان الدفاع عن العقيدة ، والشرف ، والنفس ، والمال . ودرء الاخطار عن البلاد ، والعباد لتعيش الامة بعز وأمان .

فهو حرى بأن يهتم به ، ويتعرف على خبره ، والحكم الشرعي بخصوصه . والاهتمام بأمر المسلمين بشكل عام مما تفرضه الشريعة الاسلامية . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« من لم يهتم بأمر المسلمين فليس منهم »(١) .

٢ . ان المفقود لبنة ، وجزء من هذه الامة ، وله في المجتمع : ابوان ، وربما اخوة ، وزوجة ، واولاد ، واموال ، وحقوق .

ويترتب على ذلك ان عليه واجبات ، وله حقوقا ، ولابد من معرفة كل ذلك ، سواء كان حيا ام لا .

٣ . قد تطول فترة غياب المفقود . فيموت ابوه مثلا ، والحاضرون من الورثة : زوجة المتوفى ، وأخوه الشقيق ، وامه .

فأن اعتبرت المفقود حيا حرم الاخ من الميراث ، واعطيت الزوجة الثمن بدل الربع حال وفاته ، واعطيت الام السدس ، ولو كان ميتا لاخذت ثلث التركة . وكلا الاحتمالين وارد ، فكيف العمل ؟

٤ . قد يكون للمفقود املاك ، افيعتبر ميتا فتورث ؟ ام حيا ؟ واذن فمن الذي يرعاها ؟ وكيف ؟ وعلى اي أساس ؟

٥ . قد تخصص الدولة للمفقود راتبا ، او جعالة ، او عقارا . فمن المخول بقبضها ، ورعايتها ؟ ولمن تصرف ؟

٦ . هناك دائنون لهم على المفقود حق مالي ، يطالبون به ، وله زوجة تستحق النفقة ، واولاد ، ووالدان يحتاجون الانفاق عليهم ، كيف يتم ذلك ؟

---

(١) رواه البيهقي في الشعب . راجع تمييز الطيب من الخبيث مما يدور على السنة الناس من الحديث ٢٠٣ .

٧ ٠ للمفقود زوجة ــ وقد تكون في مقتبل عمرها ــ وقد يطول عليها الامد ، فهي في عصمة زوج لكنها لم تستظل بكنفه ، ولم يتحقق لها سكون النفس ، ولم تتحقق من وفاته ، فما السبيل التي تسلكه ؟

كل هذه أمور لها أهميتها ، ويجب ان توضح بشكل تطمئن اليه النفس ، مماله قدسية ، وارتباط بالعقيدة ، وطابع قانوني ، بحيث يدين به الانسان ويطمئن اليه القلب ٠

الهدف من البحث

المرحلة التي يعيشها المجتمع تبعث على كثير من التساؤلات ، في كثير من الامور التي تستجد ، وتكون ظاهرة اجتماعية ، او سلوكية ، او اقتصادية ٠٠ مما يستدعي الدراسة المستفيضة ، ووضع الحلول ٠

وقد يطول المدى وتمر الاعوام ، ولا يفكر الانسان في كثير من المواضيع مجرد تفكير ، ولا تخطر له على بال ٠

وقد تنشأ ظاهرة معينة تفرز اثارا كثيرة ، وتستجد مشاكل لم تكن في حساب الكثيرين ٠ ومع التطور الحاصل في معظم المجالات ، والجوانب ، تزداد تلك المشاكل تفريعا وتعقيدا ، وقد يستغرق حلها زمنا طويلا ، وقد تكون الاحتمالات في النتائج متفاوتة جدا ٠ فتكون هذه الظاهرة مبعث التساؤل ، وموضوعا يتحدث به الخاص ، والعام ٠

ومن المطلوب ان يعنى ذوو الاختصاص ببحث هذه المشاكل ، وطرحها بأسلوب واضح ، وان يستخرجوا لها الحلول المناسبة التي تحقق اليسر الذي عرف به الاسلام ٠ متفقة مع المصلحة ، والقواعد الشرعية ٠ ومن تلك الظواهر ظاهرة الحرب ٠ التي قد تبدو احيانا بعيدة الوقوع ، وقد تبدو قريبة جدا ٠

وعندما تتوفر الاسباب ، لايستغرب العاقل حصول المسببات ٠ لان المقدمات تؤذن بنتائجها ٠

وأذا نشبت نار الحرب فوقودها الانفس ، والممتلكات ٠ واذا وضعت

الحرب اوزارها ظهرت اثارها ، التي ربما لم تكن تخطر على بال كثير من الناس . فتحدث فكرة الهدنة ، او عقد الصلح ، والموادعة ، والمعاهدات بما فيها من دراسة ، ومرونة ، كما تحدث ظاهرة الاسر ، وتبادل الاسرى ، والمن ، والفداء ، ومعاملة الاسير . وظاهرة الفقد ، والاثار المترتبة عليه ، في زواج المفقود ، وامواله . اضافة الى الاثار الكثيرة الاخرى :

وكل ظاهرة مما تقدم حرية بالبحث بشكل يضع الحلول الشرعية ، والتي تحقق روح الشريعة الاسلامية ، بما عرف عنها من اليسر مع الاحتياط ، والترفع عن الابتذال .

وقصدنا في هذا البحث التعرف على وجهات النظر المتعلقة بأحكام المفقود في الشريعة الغراء ، ومن خلال اقوال الصحابة ، وقضائهم ، وفتاوى التابعين ، واجتهاد الائمة الفقهاء من بعدهم . رضي الله عنهم اجمعين . على ان قانون رعاية القاصرين ــ رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ــ هو الذي عالج موضوع الغائب والمفقود بشكل مفصل ، اكثر من غيره من بقية القوانين . والواقع ان مواد هذا القانون ــ خصوصا مايعنى بأحكام المفقود ، وهو الفصل الثاني من الباب السادس ــ مستقاة من الفقه الاسلامي ، رغم عدم التقيد بمدرسة من المدارس الفقهية المعروفة .

وانما تحرى ما رآه متفقا وروح اليسر ، والاحتياط من مذاهب شتى .

المنهج المتبع :

والمنهج المتبع في هذا البحث هو عرض المسألة بالتكييف الذي تقع به ، او يمكن ان تقع به ، وعرض النموذج الذي حصل من امثالها في تاريخ الفقه ، والقضاء ، ومستند ذلك ، ثم ذكر وجهات النظر الاخرى ، وبيان اكثرها وجاهة ، والراجحة منها .

ثم المقارنة بين تلك الاتجاهات الفكرية في المسألة ، وبيان مايظهر انها الامثل دليلا ، وتعليلا .

وبيان ما اخذ به القانون والقضاء في العراق .

ويقع البحث في تمهيد ، وثلاثة فصول :

١ . التمهيد في التعريف بالمفقود ، لغة واصطلاحا ، وبيان حكمه ، وحكمة تشريع مايخصه من احكام ، ودليل ذلـك .

٢ . الفصل الاول : مايجب ان يقوم به القضـاء .

٣ . الفصل الثاني ـ زواج المفقود ، وفيه مباحث :

الاول ـ عدم مطالبة زوجة المفقود بشيء ، وعدم مراجعتها القضاء .

الثاني ـ مطالبتها بالبحث عن المفقود ، ومراجعة القضاء .

الثالث ـ مجيء المفقود بعـد الحكم بوفاتـه ، وزواجها بثان ، قبل الدخـول وبعده .

الرابع ـ المعنى لها زوجهـا .

الخامس ـ زوجة الاسير ، وانواع الاسر ، وردة الاسير .

٤ . الفصل الثالث ـ اموال المفقود ، وفيه ثلاثة مباحث :

الاول ـ استمرار حكم المفقود . عملا بمبدأ استصحاب الحال .

الثاني ـ الحكم بوفاته ، وفيه مسائل : عودة المفقود بعد الحكم بوفاته وقسمة امواله ، زواج امرأته بثان ، صداقها ، ميراثها منهما ، ميراثهما منهـا .

الثالث ـ أموال الاسير .

وسنبدأ بأولى فقرات البحث بعون الله تعالى وتوفيقه فالى التمهيد :

تمهيد ببيـان مايلي :

١) معنى المفقود في اللغــه :

المفقود مشتق من الفقد ، وفعله فقد يفقد فقدا ، وفقدانا ، وفقودا •

يقال : فقد الشيء اذا عدمه ، فهو فقيد ، ومفقود •

والعرب تطلق كلمة : « الفاقد » على المرأة التي مات زوجها ، او ولدها •

ويقال ايضا للمتزوجة بعد موت زوجها : الفاقد •

وافتقده ، وتفقده طلبه عند غيبته (١) •

ومنه قوله تعالى : « وتفقد الطير فقال : مالي لا ارى الهدهد ام كـان من الغائبين » (٢)

معنى المفقود في اصطـلاح الفقهاء :

وقد عرف فقهاؤنا ـ رحمهم الله تعالى ـ المفقـود بتعاريف متقاربة ، وان اختلفوا في اقسام الفقد ، من حيث الجهة ، والحال التي حصل الفقـد فيها • فقد قال فخر الاسلام ابو بكر السرخسي رحمه الله تعالى (٣) : المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار اول حاله ، ولكنه خفي الاثر ، كالميت باعتبار ماله واهله في طلبه يجدون ، ولخفاء اثر مستقره لايجدون ، قد انقطع عليهم خبره ،

---

(١) راجع لسان العرب . جمال الدين بن منظـور الانصاري رحمه الله تعـالى ١١١٦/٢ . والقاموس المحيط ٣٣٥/١ •

(٢) سورة النمل الاية / ٢٠

(٣) هو الامام شمس الائمة محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله تعـالى المتوفى في سنة ٤٨٣ هـ •

واستتر عليهم اثره ، وبالجد ربما يصلون الى المراد ، وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد (١) •

وعرفه الباجي الاندلسي من المالكية (٢) بما نقله عن الامام عبد الرحمن بن القاسم صاحب مالك ـ رحمهم الله تعالى ـ بذكر اقسامه : « المفقود على ثلاثة اوجه :

١ • مفقود لايدرى موضعه فهذا يكشف الامام عن امره ، ثم يضرب له الاجل اربع سنين •

٢ • ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو ، فهذا لاتنكح زوجته ابدا • وتوقف هي وماله ، حتى ينقضي تعميره •

٣ • ومفقود في قتال المسلمين بينهم لايضرب له اجل ، ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده (٣) وقد عرفه ابن عرفه الدسوقي بقوله : (وهو المفقود) من انقطع خبره ، ممكن الكشف عنه • فيخرج الاسير لانه لم ينقطع خبره ، ويخرج المحبوس الذي لايستطاع الكشف عنه (٤) •

ومن خلال عبارات فقهاء الحنابلة يتبين ان المفقود الذي يتميز باحكامه المعروفة هو الغائب الذي فقد وانقطع خبره فلم يعلم له موضع ، ولم تدر حياته ولا موته ، وكان ظاهر غيبته الهلاك(٥) •

وسيتبين للقارىء الكريم من خلال مافي هذه التعاريف من القيود كثير من وجهات النظر الوجيهة ، التي يمكن ان تكون ثروة غزيرة يرجع اليها

---

(١) راجع المبسوط ٣٤/١١ •

(٢) هو ابو الوليد سليمان الباجي الاندلسي ولد سنة ٤٠٣ ، وتوفى سنة ٤٩٤ هـ •

(٣) راجع المنتقى شرح الموطا . للباجي ٩١/٤ •

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٧٩/٢ ، كذا مواهب الجليل ١٥٥/٤ شرح الخرشي ١٤٩/٤ •

(٥) راجع المغنى ٩٥/٨ وكذا الانصاف ٢٨٨/٩ •

القضاة والمفكرون اخذين بما يلائم روح العصر ، ويحقق المصالح ويدرأ المفاسد ، مع وضوح الدليل وقوة التعليل •

المفقود في القانون :

وبنحو هذه التعاريف جاء تعريف المفقود ، في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ، فقد ورد في المادة ٨٦ منه :

« المفقود هو الغائب الذي انقطعت اخباره ، ولاتعرف حياته ، او مماته » وغالبا مايكون للمفقود زوجة او زوجات ، ولابد من معرفة مايؤول اليه أمرها ، أو امرهن انسحب عليه حكم استصحاب(١) الحال ، على اعتبار ان حياته معلومة لنا بيقين ، فلا نحكم بموته الا بيقين فيبقى ما كان على ما كان ، او لا ؟ والى متى ؟؟ وكثيرا مايكون للمفقود اموال ، فلابد ممن يديرها ، والى متى ، ولمن تؤول ؟؟

٢ . حكم المفقود

للمفقود اعتباران :

الاعتبار الاول ـ ان تفترض حياته في حق نفسه (امواله وزواجه)

الاعتبار الثاني ـ ان تفترض موته في حق غيره

وبناء على الاعتبار الاول لايقسم ماله على ورثته ، وتبقى زوجته في عصمته استصحابا للحال ، وابقاء لما كان على ماكان •

---

(١) استصحاب الحال من جملة الادلة التي يستدل بها بعض الاصوليين من فقهاء الشريعة الاسلامية . ومعناه : ان يحكم على الشيء بما كان عليه قبلا ، حتى يظهر دليل على تغير الحكم السابق . والاستصحاب من الادلة التي تصلح لابقاء ما كان على ما كان ، لكن لايصلح لاثبات ما لم يكن ثابتا من قبل وهذا قول الحنفية والمالكية ، اما الشافعية والحنبلية فيرون ان الاستصحاب يصلح للدفع والاثبات . راجع المبسوط ج ٥٤/٣٠ ، شرح ورقات امام الحرمين للمحلي /٢٩ . واصول الفقه . ابو زهرة ٢٨٥ .

وبناء على الاعتبار الثاني : فلا يرث المفقود من مات من اقاربه ، بل يوقف له نصيبه من الميراث لحين ظهور النتيجة • لان شرط الارث تحقق حياة الوارث ، وحياة المفقود حكم بها تقديرا • لاستصحاب الحال ، وقد عرفنا ان الاستصحاب هذا حجة في الحقوق القديمة الثبوت ، ابقاء لما كان على ماكان ، وليس بحجة في استحقاق حقوق جديدة (١) •

وتتبع الاجراءات على اساس هذين الاعتبارين ، كلا على انفراد ، كما سيأتي فيما بعد ان شاء الله تعالى •

٣ . حكمة تمييز المفقود باحكام خاصة ، ودليل ذلك :

مما لاشك فيه ان الاجراءات بخصوص المفقود تختلف عن غيره في كثير من الاحوال ، وكأنها على خلاف الاصل •

لان المفقود انسان له اهلية ، فهو مالك حقيقة ، والاصل ان المملوك لايتصرف فيه الا مالكه ، ولا يخرج عن حوزته الا بفعله ، وارادته ، كان يهديه لاحد ، او يتصدق به او يبيعه • لقوله تعالى : « يا ايها الذين امنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ، ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيما »(٢) •

فلا يتم انتقال ملكية ، ولا انتزاع حق الا برضا المالك صاحب الحق ، وبارادته • وحين نستعرض الاجراءات التي تتخذ بشأن المفقود في حقه وملكيته (في زواجه وامواله) نجدها قد تنتقل دون علمه فضلا عن رضاه وارادته • فكيف تم ذلك ؟ وما الحكمة ؟ وما الدليل على مشروعية ذلك ؟ اما كيف تم : فمن المعلوم ان الشريعة الاسلامية لاتقر الضياع ، ولا التبذير •

وقد وضعت نظما ، وتعليمات لتلافي الضياع : في الاخلاق ، والانفس ،

---

(١) المبسوط ٥٤/٣٠ ، وتبين الحقائق ٣١٠/٣ ، وبدائع الصنائع ٣٨٥٥/٨ •

(٢) سورة النساء الآية ٢٩ •

والثروات • ورعت هذه النظم : واوجبت على الامة متابعة تطبيقها ، كل حسب طاقته ، ومن موقع مسؤوليته •

فقد وضعت نظام اللقطة ، وحددت مسؤولية الشخص الملتقط ، ومؤهلاته ، ونوع اللقطة ، سواء كان الملتقط طفلا (لقيطا) او حيوانا ، او أي نوع من انواع الاموال ، وشرعت تعريف لقطة الاموال ، واختيار الانفع من انواع التصرف فيها • وقررت كل ذلك حتى لايضيع اللقيط ، او المال الملتقط •

فقد ورد في حديث الصحيحين (١) : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن لقطة الذهب والفضة ، فقال للملتقط : اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة وفي رواية حديث عياض في مسند احمد وسنن ابي داود ، قال عليه الصلاة والسلام : « من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل ، أو ليحفظ عفاصها ووكاها ، فأن جاء صاحبها فلا يكتم ، فهو احق بها ، والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء (٢) وسئل عليه الصلاة والسلام عن اللقطة عندما تكون شاة ، فقال للسائل : خذها فأنما هي لك ، او لاخيك او للذئب (٣) •

فلئلا تضيع فيأكلها الذئب ارشده صلى الله عليه وسلم الى التقاطها وحفظها ، فأن جاء صاحبها نهي له ، والا انتفع بها الملتقط على نية الضمان ان ظهر المالك ، وهذا معنى « فأنما هي لك او لاخيك او للذئب » •

وكذلك قررت الشريعة الاسلامية نظام الحجر على القاصر بصغر ، او جنون او سوء تصرف حماية للمال ، والمالك من الضياع ، المادي

---

(١) انظر نيل الاوطار ٥/ ٣٨٠ ، والذي في الجامع الصحيح : فسأله عن اللقطة بدون ذكر الذهب والفضة ٢/ ٤٣ •

(٢) المصدر السابق •

(٣) رواه البخاري ومسلم من حديث زيد بن خالد بن زيد الجهني . انظر مختصر صحيح مسلم كتاب اللقطة والبخاري ٢/ ٤٣ •

والمعنوي . والحجر : هو منع الشخص المحجور عليه من التصرف في ماله ، حفظا له من الضياع بسوء تصرفه . فقال سبحانه : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا »(١) .

وقال تعالى : « وات ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين ، وكان الشيطان لربه كفورا »(٢) .

وقال عز وجل : « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما ، وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا »(٣) .

وهذه النصوص تقرر حفظ الاموال ولو بالحجر على السفيه ، وهو الذي ـ لسوء تقديره ـ لايحسن التصرف في المال . لجهله بالاحكام ، وعدم تقديره لنعمة المال ، سواء كان سفهه لصغر سنه ، او عدم اتزان عقله ، او لقصر نظره ، وعدم تقديره مايعود عليه بالضرر في نفسه ، او ماله . فيحجر عليه القاضي ويقدر له نفقة لائقة(٤) .

وقد شرعت الشريعة الاسلامية الحجر على المدين ، وبيع امواله ، واعطاء الدائنين حقهم ، حتى ولو لم يحصل اذن المدين ورضاه ببيع امواله . فقد ثبت بطرق عديدة صحيحة ان النبي صلى الله عليه وسلم باع اموال المديون وقضى بها ديونه ، فقد روى الدار قطني : ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله ، وباعه في دين كان عليه ، من حديث كعب بن مالك رضي الله عنه (روى ابو داود غيره عن عبد الرحمن بن كعب

---

(١) سورة الاسراء الاية ٢٩ .
(٢) سورة النساء الاية ٥ . والسفهاء جمع سفيه ، وهو من السفه ضد الحلم ، واصله الخفة ، والحركة ، عكس الرزانة وقوة الادراك . انظر مختار الصحاح ٣٠٢ .
(٣) سورة الاسراء الاية ٢٦ ، ٢٧ .
(٤) تفسير القرطبي ٢٨/٥ و .

قال : كان معاذ بن جبل شابا سخيا وكان لايمسك شيئا ، فلم يزل يدان حتى اغرق ماله كله في الدين • فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ليكلم غرماءه ، فلو تركوا لاحد لتركوا لمعاذ لاجل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فباع رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لهم ماله ، حتى قام معاذ بغير شيء) (١)

وجاء تشريع الحضانة في الاسلام بضوابط معينة ، ومن شروطها :

امانة الحاضنة ، وقدرتها — ولو كانت اما — ومتى فقدت الشروط نزع منها ولدها خشية الضياع ، المادي ، او الخلقي •

وانما شرعت هذه التشريعات لئلا تضيع الاموال ، او تصرف في غير حقها ، او تسوء الاخلاق •

وفي كل هذه التشريعات تتخذ الاجراءات ، بدون ارادة المالك ، وبغير رضاه ، وربما بدون علمه تحاشيا عن الضياع المادي ، او المعنوي ، او ضياعهما معا •

وحين تكون صيانة السلوك ، والاموال هدفا مقصودا للشريعة الاسلامية فانها تجيز التصرف على اصحابها ومالكيها ، ولو بدون علمهم او بغير رضاهم • تحقيقا للهدف ، وازالة للضرر •

٤ • **الحكمة من اتخاذ هذه الاجراءات بشأن المفقود :**

اما الحكمة من اتخاذ هذه الاجراءات بشأن المفقود فهي : ان المفقود انسان له اهلية وكان يعيش في المجتمع ، وله حقوق ، وعليه واجبات وهذه الحقوق والواجبات تكون في امواله ، وزواجه ، فهو في الغالب له اموال ، ويمكن ان تنمو تلقائيا ، ويمكن ان يحوز اموالا ، ولو بطرق التكاثر • فلابد من وجود من يرعى هذه الاموال ويديرها ، وينميها • وحين لايوجد وكيل عن المفقود ، فلابد من نصب وكيل من

---

(١) انظر نيل الاوطار ٢٧٥/٥ ، ٢٧٦ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٨/٦ •

قبل القضاء ، يقوم بأدارة الامـوال ورعايتها حتـى لاتضيع بغيـاب مالكها • كما يجب ان ينصب القضاء من يقوم بأدارة ورعاية اموال المالك القاصر • لان وجوده ـ القاصر ـ غير بالغ رشيد لايحقـق الغرض ، فصار في حكم المفقود ـ رغم انه حاضر ومـوجود ـ لانه عاجز عـن ادارة امواله ورعايتها (١) •

وهذا ما أخذ به قانون رعاية القاصرين في العراق (٢) •

وكذلك الزواج يرتب على المفقود حقـوقا لزوجته ، سواء كانـت هذه الحقوق مالية ، ام غير مالية •

والزوجة سعيدة بالزواج اذا استوفت حقوقها كاملة ، وان لم تستوفها كان ذلك على حساب سعادتها ، ومعنى ذلك ان الزوجـة متضررة اذا انتقصت حقوقها الزوجية • ومن المعلوم : ان الشريعة الاسلامية لا تقر الضرر ، وانما قررت رفعه، واعطاء كل ذي حق حقه • قال الله سبحانه: « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » (٣) •

فكما ان على الزوجة واجبات يجب ان تؤديها ، فأن لها حقوقا يجب ان تستوفيها ، والا كان زواجها هضما لحقوقها ، فأن طالبت بحقها ، وطلبت ازالة الضرر يجب ان تسمع المحكمة شكواها ، وتوفر لها احد امرين : اما الامساك بالمعروف : فـأن لم يتيسر اتخـذت الاجراءات لاطلاق سراحها من العقد الذي اصبح مبعث شقائها ، وقد نهى الله سبحانـه عن ترك الزوجـة في حالة من التأرجـح بين الوفاق والفـراق ، فقال سبحانه : « فلا تميلوا كل الميـل فتذروها كالمعلقـة •• »(٤) ولما كان بقاء عقد الزواج مضرا بالزوجة فأن لها الحق ان ترفع امرها الى القضاء مطالبة برفع الضرر ، فقد قـال رسول الله صلـى الله عليـه وسلم :

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٨٥٦/٨ •

(٢) راجع المواد ٨٨ ـ ٩٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ •

(٣) سـورة البقـرة الاية ٢٢٨ •

(٤) سورة النسـاء الاية ١٢٩ •

« لا ضرر ولا ضرار »(١) كما ان لها الحق ان تصبر على الضرر ، وتتنازل عن المطالبة بحقوقها وتبقى على حالها ، الى ان يتبين مصير زوجها على وجه اليقين . وذلك افضل في بعض الحالات . كما سيأتي بحثه .

٥ . دليل مشروعية هذه الاجراءات القضائية :

مما تقدم نعلم ان تعطيل الطاقات غير مشروع في الاسلام ، وضياع الاموال واتلافها هو الاخر غير مشروع ، كذلك الضرر والاضرار عمل غير مشروع قطعا . فمن خلال ملاحظة بعض النصوص ، والقواعد في الشريعة الاسلامية نجد مشروعية الاجراء القضائي بشأن المفقود :

فعندما تتأمل كثيرا من النصوص نلاحظ ان الله تعالى يخاطب فئة معينة ، ويحملها المسؤولية في اقامة العدل ، وتأديب المفسد ، وردع الظالم ، واخذ الحق منه ، ورفع الضرر ، ورعاية الضعيف .

فحين تقرأ قوله تعالى : « خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها ... »(٢) ترى ، من المخاطب بهذا ، والمسؤول عن التنفيذ ؟

وحين تقرأ قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح فأن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم .... فأذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم »(٣) ترى من المخاطب بقوله تعالى : « وابتلوا .. ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا ... فاذا دفعتم اليهم اموالهم فأشهدوا عليهم .. »(٤) ؟؟

---

(١) رواه مالك في الموطأ مرسلا ، وابن ماجة والدار قطن مسندا . شرح الاربعين النووية ١٥١ .
حديث : « لاضرر ولا ضرار .. » رواه الحاكم وابن ماجة عن ابن عباس ، ومن طريق اخر رواه ابن ماجة عن عبادة بن الصامت رضى الله عنهم ، ورواه مالك مرسلا ، وقال العلائي : له شواهد ينتهي مجموعها الى درجة الصحة ، او الحسن المحتج به ، وحسنه النووي في الاربعين ، وقال له طرق يقوى بعضها بعضا . راجع فيض القدير للمناوى ٤٣١/٦ ، ٤٣٢ .

(٢) سورة التوبة الاية ١٠٣ .

(٣) سورة النساء الاية ٦ .

(٤) سورة النساء الاية ٦ .

ومن المخاطب بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا » (١) ؟؟ ان المخاطب بتنفيذ كل هذه الاوامر الالهية هو ولي الامر ٠ سواء اطلق عليه لفظ : الخليفة ، او الامير ، او الملك ، او الامام ، او الحاكم ، او الرئيس ، او السلطان ٠ اذن فولي الامر ، او من يوليه القضاء ، للنظر في الامور هو الذي يتخذ الاجراء المطلوب بشأن المفقود وغيره ، مما لايعقل ان يترك امر تنفيذه الى شخص عادي ، قد يكون طرفا اساسيا في حصول المشـاكل ٠

أفيعقل ان يترك الله سبحانه ــ وهو العليم الخبير ــ أمر دفع الزكاة الى الاغنياء ، وفيهم البخيل والشحيح ، الذي استعبده الدينار والدرهم ؟ ثم اذا استشرى الفقر والاستغلال اتجهت الانظار الى هؤلاء الاثرياء ٠ عسى ان يجودوا ؟؟ معاذ الله ٠ بل ان الله تعالى أمر ولـي الامر بأخذ الصدقات المفروضـة ، وتوزيعها علـى مستحقيها ٠ ضمانا لحقوقهم ، وصيانة لكرامتهم وانسانيتهم عن ذلة الفقر والسؤال ٠

في الحقيقة لو ترك تنفيذ النظام لرغبات الاشخاص لما وجدنا مـن يؤدي الواجب الذي عليه الا القليل ، ولا من يقول :

انا المعتدي : او انا الذي سببت الضرر لفلان الا نادرا ٠

فالسلطة هي المسؤولة عن تنفيذ نظام الشريعة المحقـق للسعادة ٠ وانه كما لايتصور عزل نظام الشريعة عن ميدان الحياة السعيدة ، فـلا يتصور ايضا عزل السلطة عن ذلك الميدان ٠

فالسلطة تحفظ مال القاصر ، ولا تتركه بيـده ــ لانه لايحسـن التصرف ــ ولا بيد غير أمينة ، بل ولا بيد ليست ذات قدرة ومعرفة في رعاية الاموال ٠ فاذا زال السبب الذي شرعت له هذه الاحكام ، بـأن بلغ القاصر سن التكليف ، وكان رشيدا يحسن التصرف باموااه ، يمتحن

---

(١) سورة النسـاء الايـة ٥ ٠

من قبل السلطة ايضا تنفيذا لامر الخالق : « وابتلوا •• » اي امتحنوا القاصر ، فأن لاحظتم انه بالغ رشيد فادفعوا اليه امواله ، ووثقوا ذلك التسليم بالشهود درء للنزاع في المستقبل •

ولما كان القاصر مشمولا بهذا الحكم لعجزه عن القيام بأدارة ، اموره ورعايتها ، ولو كان موجودا ــ فأن المفقود عاجز عن ادارة اموره ايضا ، لبعده عنها • فينصب القاضي شخصا مؤهلا يحفظ مال المفقود لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن حفظه بفقده كما يحفظ مال الصبي والمجنون بنصب من يقوم بحفظه ورعايته(١) •

منطلق الحكم على المفقود :

سبقت الاشارة الى ان للمفقود اعتبارين :

الاول : اعتباره حيا في حق نفسه ، فلا تقسم امواله ، ولا تتزوج امرأته •

والثاني : اعتباره ميتا في حق غيره ، فلا يرث من تركة من مات من اقربائه •

ولكن قد تطول غيبته ، فتحتاج امواله الى رعاية وادارة ، وزوجته ، والمحتاج من اصوله وفروعه الى نفقة ، وحينئذ فلابد ممن يقوم بهذه المهام • ولما كانت وظيفة الحاكم في الاسلام تمثل « الولاية العامة في امور الدين والدنيا » أنيطت به ــ او بمن ينصبه للقضاء بين الناس ــ مهمة النظر في الامور ، بشكل عام ، وفي القضايا الاستثنائية ، التي قد يصيب الضرر احد الاطراف ، سواء أكان للطرف الثاني قصد ام لا • كأن يكون الطرف الثاني مفقودا او اسيرا • وسيتناول الفصل القادم ماينبغي ان يفعله الحاكم ، او من عينه للنظر في هذه الامور •

وفي هذا الفصل نذكر مايقوم به القضاء ، مما يتعلق بالمفقود وهي عدة أمور :

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٨٥٦/٨ •

الفصل الاول

ماينبغي ان يقوم بـه القضاء

١ ـ النظر فيما اذا كان المفقود قد خول وكيلا عنه فيقره القضاء ، او لم يخول وحينئذ تنصب المحكمة قيما .

٢ ـ حكم نصب القيم ، ودليل ذلك من النقل والعقل .

٣ ـ حكمة تشريع نصب القيم .

٤ ـ صفة القيم (شروطه) وصلاحياته ، مكافأته ماديا .

فالى الاول من هذه الامور :

١) النظر في نصب القيم :

وينظر القاضي : فأن كان هناك وكيل عن المفقود ــ وكله قبل الفقد ــ فهو يقوم بما انيط به ، في حدود الصلاحيات المخول بها ، بموجب ماتقضي به الامانة . أما ان لم يكن للمفقود وكيل من قبله . فينصب القاضي قيما يقوم بما يخول به من المهام ، في حدود صلاحياته ، الى حين انتهاء وظيفته هذه ، التي تنتهي باحد ثلاثة أمور وهي : موت المفقود حقيقة او حكما ، او بحضوره حيا (١) . ومعنى ذلك ان القيم ، او الوكيل يبقى يزاول وظيفته ، في صرف نفقة الزوجة ، والفروع والاصول المحتاجين منهم فقط بحسب مايرسمه له القاضي ، ويدير أموال المفقود ، ويرعاها .

٢) حكم نصب القيم :

وحكم نصب القيم الوجوب . اذ لو لم ينصب قيم على المفقود لتعرضت امواله ومصالحه للضرر ، والضياع . لعدم ، وجود من يديرها وينميها ، ويرعاها . لان غياب المفقود أمر واقع ، ولا يجوز بقاء مصالحه معطلة . اذن فلابد من وجود من يقوم عليها خشية ضياعها .

والشريعة الاسلامية تحرم اضاعة المال ، بل تمنع صرفه في جهة وهناك ، اهم منها . فقد قال الله سبحانه : « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما .. »(٢) وقال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فأن انستم منهم رشدا فأدفعوا اليهم اموالهم ، ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا ... »(٣) وفي الحديث الصحيح قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله يرضى لكم ثلاثا

---

(١) الاحوال الشخصية لابي زهرة ٥٣٢ .
(٢) سورة النساء الاية ٥
(٣) سورة النساء الاية ٦

ويكره لكم ثلاثا : فيرضى لكم ان تعبدوه ، ولا تشركوا به شيئا ، وان تعتصموا بحبل الله جميعا ولاتفرقوا ، ويكره لكم : قيل وقال ، وكثرة السؤال ، واضاعة المال »(١) لان المال قد يكون سببا لسعادة الانسان اذا استقام فكره وسلوكه ، واذا لم يصل القاصر الى مستوى تحمل المسؤولية لعدم نضوج الفكر واستقامة السلوك ـ بسبب الصبا او الجنون ـ فان المفقود قاصر عن الوصول الى هذا المستوى بسبب بعده عن امواله وعجزه عن ممارسة حقوقه اصلا .

اذن فنصب القيم على المفقود من الامور الواجب على القضاء فعليا ، عند علمه بها ، ولو فقد الشخص وخفي على القضاء انه مفقود ، وجب على من علم بفقده اخبار القاضي لاتخاذ الاجراء المطلوب شرعا حفظا لحقوقه من الضياع .

فتقوم الجهة القضائية بحصر اموال المفقود ، من عقار ، ومنقول . وما يتعلق بذلك من عقود لتحديد مايجب في هذه الحقوق من مقتضيات حفظها وأدامتها ، واستثمارها . وقد اشارت الى ذلك الفقرة الاولى من المادة اربعين من قانون رعاية القاصرين(٢) .

حكمة تشريع نصب القيم :

سبق ان ذكرنا ان الفقهاء الحقوا المفقود بالقاصر . حيث ان كلا منهما عاجز عن النظر لنفسه ، وجلب المنفعة اليها ، ودرء الضرر عنها .

والشريعة نصبت القاضي ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه ، وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون (من هذه الناحية) فكان في نصب القيم عليه مصلحة له(٣) ، فلئلا تضيع امواله ـ حيث لا يمكنه رعايتها ـ شرع نصب القيم من قبل القاضي ، كما شرع نصب الوصي على القاصر ، حفظا لامواله من التلف والضياع ، وصيانة له من ان يلغ

---

(١) رواه مسلم في صحيحه : باب الاعتصام بحبل الله وترك التفرق : انظر مختصر المنذري ٣٣٤ .

(٢) ولما كان المفقود مشمولا بحكم القاصرين في هذه الناحية فان المادة (٧٤) من قانون رعاية القاصرين تطبق بخصوص امواله ايضا .

(٣) تبيين الحقائق ٣/٣١٠ ، المبسوط ١١/٣٨ ، ٣٩ .

مفلسا لايملك شيئا ، بينما كان يملك ثروة فبددها اسرافا وسفها ، ولـو كان رشيدا لاستفاد منها ، وافـاد •

وهذا التشريع (نصب القيم) مـن الامور الضرورية ، لالحماية الثروة من الضياع فحسب ، بل لتنميتها ، ورعايتها • بالاخص في حـق من عجز عن تحقيق هذا الهدف ، سواء كان عجـزه بسبب الصغر ، ام الجنون ، ام الفقد ، ام الاسر ، وشبه ذلك •

٤ . صفة القيـم (شروطـه) :

ولابد ان ينتدب القاضي لهذه المهمة شخصا يتصف بمؤهلات خاصـة تتلخص بقدرته على ممارسة مهامه ، بكفاءة وامانة على مايناط به ، مـن حفظ اموال المفقـود ، وصيانة حقـوقه • قال تعالـى : « ان خير من استاجرت القوي الامين »(١) •

وانضباط الامانة يكون بالعدالة الظاهرة المكتسبة من ظاهر الحال الدال على تقوى الله تعالى ، لان ذلك اهم المواصفات اللازمة لتحقيق رعاية الامانة الموكلة اليه في حفظ حقوق المفقود مع مراعاة ضـوابط اخـرى •

وأهم الشروط والمواصفات التي يجب ان يتصف بها القيم علـى المفقـود مايلـي :

١) ان يكون مكلفا ، أي بالغا عاقـلا • فلا يجوز نصب الصبـي قيما على المفقود ، لانه قاصر ويحتاج الى من يرعاه ، ويتولى شؤونه ، فكيـف يصح نصبه وتوليته امور غيره ؟ ومثله المجنون • لانه قاصر كالصبـي بل اشد عجزا عن القيام بأمور نفسه • ولذلك لايلي امر غيره •

٢) ان تكون له القدرة على اداء مايوكل اليه ، سواء مارس المهمة بنفسه او استعان بمن يحقق الغرض المطلوب ، من ذوي الخبرة •

---

(١) سورة القصـص الاية ٧٦ •

٣) ان يكون مسلما ، عندما يكون المفقود مسلما(١) • لان الله تعالى لم يجعل للكافر الولاية على المسلم • لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (٢)

٤) ان يكون من ذوي العدالة • وتكفي العدالة الظاهرة من مستور الحال •

والعدالة : ملكة في النفس تمنع صاحبها من ارتكاب الكبائر ، والاصرار على الصغائر ، والرذائل المباحة • والموصوف بها يسمى عدلا ، وفاقدها يسمى فاسقا • ومعنى هذه العبارة : ان يكون الوصي على القاصر او القيم على شؤون المفقود ممن عرف بحسن السيرة ، وامتثال اوامر الله تعالى ، والابتعاد عن ارتكاب المحرمات ، بعيدا عن تعاطي مايدل على عدم المبالاة مما يعد من الرذائل المباحة وسفاسف الامور التي يتعاطاها التافهون(١)

ومما لاريب فيه ان هذه الصفات مبعث اطمئنان القضاء • بأن القيم الموصوف بها سوف يقوم بواجبه تجاه المفقود ، والقاصر ، ونحوهما ، بعيدا عن الاهمال ، فضلا عن الخيانة ـ ان لم يكن الاهمال بحد ذاته خيانة ـ والقانون والقضاء يسعيان معا الى تحقيق العدل ، وذلك باتباع الاجراءات ومراعاة الشروط التي يتطلبها احقاق الحق • ويشترطان (القانون والقضاء) عدالة الشهود تحريا عن الحق ، وضمانا للعدل ، وتحاشيا عن الخطأ • فعدالة الوصي والقيم على المفقود واجبة وضرورية من باب اولى • لان الشاهد لايطلب الا عند الخصام ، او الاتهام ، اما الوصي ، والقيم فكل منهما يمارس المهمة الموكلة اليه على الدوام • فالعدالة فيه شرط اساس ، ودعامة لايستغنى عنها ، والا كان نصبه عبثا • وتضييعا للامانة التي يجب ان تصان ، بشكل عام ومع القاصر والمفقود بشكل خاص •

---

(١) راجع تبيين الحقائق ٢٠٧/٦ •

(٢) سورة النساء الاية ١٤١ •

(٣) قبل المأرب ١٥٢/٢ ، وجمع الجوامع ، في الاصول ١٤٨/٢ •

وفاقد العدالة (الفاسق) متهم بالخيانة ، او بعبارة اخرى : احتمال خيانته اقوى • لانه بجراءته على مخالفة امر الله تعالى بتـرك فريضة او فعل محرم يستسهل ان يتجرأ علـى الخيانة في شـؤون المفقود • لان التقصير في أي التزام دليل على عدم مخافة الله تعالى ، وعدم مراقبته •

نعم يمكن ان يكون هناك من الناس من يخل ببعض واجباته تجاه ربه ، ولا يظن فيـه خيانة القاصر والمفقـود ، ولكن ماهـو الضابط لهـذا (١) ؟

القـانون العراقـي :

وقد اشار قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ الى صفة القيم ، بما يلي :

« المادة ـ ٨٨ ـ اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيما عليه » ثم اوضحت المادة ـ ٨٩ ـ صفة هذا القيم محيلـة الى قانون اخر ، ونصها « المادة ـ ٨٩ ـ يسرى على القيم مايسرى علـى الوصي من احكام ، الا مايستثنى بنص خاص » •

وحين نتأمل شروط الوصي في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ـ نجد ان المادة السادسة والسبعين ، من الفصل الثاني ، في الباب الثامن تنص على انه : « يشترط في الـوصي توفر الاهلية القانونية والشرعية » •

١) وعندما ندقق النظر فيما تعنيه الاهلية القانونية نجد أن من اولى لبنـات الاهلية القانونية ـ والشرعية ـ ان يكون الوصي ، والقيم مكلفا ، أي بالغا عاقلا • لان الصبي والمجنون لايتحملان اية مسؤولية وظيفيـة • وقد نص القانون المدني العراقي على ان « كل شخص بلغ سن الرشـد متمتعا بقواه العقلية ، غير محجور عليه ، يكون كامل الاهلية لمباشـرة

---

(١) تبيين الحقائق ٢٠٧/٦ •

حقوقـه »(١) ٠

٣) والقانون وان لم ينص على اشتراط الامانة في الوصي والقيم ، الا انـه اعتبر ضدها موجبا للعزل ٠ فمتى ظهر في تعامل الوصي ــ ومثله القيم ــ خيانة في الحسابات يعزله القاضي ٠ كما نصت على ذلك الفقرة الخامسة من المادة الرابعة والثمانين من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعـدل ٠

والجدير بالملاحظة هنا : ان الامانة في عرف الفقهاء واصطلاحهم اعم واوسع مما يفهم من تعبير القانون ٠

فالفقهاء في الشريعة الاسلامية يقصدون بالامانة : المحافظة على كل ماالتزم به المسلم تجاه ربه ، وهذا يشمل فعل الواجبات حسب الاستطاعة وترك المحرمات جملة واحدة ، سواء كـان ذلك الالتزام بين الخالـق والمخلوق فقط ، ام كان هناك طرف ثالث من الناس ٠

بينما نجد القانون لم ينص على الامانـة بالمنطوق ، وحين تعرض لاسباب عزل الوصي ، او القيم ذكـر من الاسباب ثبوت الخيانة فـي الحسابات ، وكأنه يفهم من العبارة لشتراط عدم الخيانة في الاموال ، أي ان اشتراط عدم الخيانة معناه اشتراط الامانة في الامور المالية وفي نطاق عمل الوصي فقط ٠

ومن المعلوم عند الاصوليين ان الاحتجاج بالمفهـوم دون مستوى الاحتجاج بالمنطوق ٠ وان الاستعمـال الشرعي الذي اعتمده الفقهـاء لمعنى الامانة ادق ، واولـى بالاخذ به ، والتعويل عليـه ٠ لانه الاقرب لحفظ حقوق القاصرين والمفقودين ، ورعايتها بالشكل الذي يطمئن اليه القلـب ٠

---

(١) المادة (١/٤٦) مدني ٠ راجع الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ٠ د ٠ عبد الواحد كـرم ص ٥٠ مطبعة المعارف ٠ بغداد سـنة ١٩٧٩ ٠

٣) ولم يهمل القانون اشتراط القدرة ، والتفرغ في الوصي ، والقيم ، للقيام بما يكلفان به بدليل : انه يقضي بعزله، اذا كانت مصلحةالقاصر مهددة بسبب اهمال الوصي ، او وجود مايحول بينه ، وبين ماوكل اليه من عمل • كما نصت على هذا الفقرتان (٢ ، ٤ من المادة ٨٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ •

٤) كما ان القانون لاحظ ضمنا : كون القيم والوصي بعيدا عما يلحقه بمصاف الجناة ، والمجرمين ، والجانحين الى ما خل بالشرف • حيث جعل من اسباب عزله : « اذا حكم عليه عن جناية ، او جنحة مخلة بالشرف » (١)

اذن : من الممكن القول : بأن القانون لم ينص على اشتراط العدالة في الوصي والقيم • بسبب انها مصطلح فقهي دقيق ، يعنى الالتزام بفعل الواجبات ، وترك المحظورات ، والترفع عن الترهات ، حتى لو لم تكن محرمة ، لكنها من السفاسف التي يترفع عنها ذوو الادب الرفيع واكتفى القانون : بأن لايثبت على الوصي صفة الاجرام ، او ارتكاب مايخل بالشرف ، وان لاتثبت خيانته في الحسابات • وهذه بعض مايخدم العدالة •

وسكت القانون عما لو كان الوصي مخلا ببعض الواجبات الاخرى • طالما لاتخشى منه خيانة لاموال اليتيم ، والمفقود •

وهي وجهة نظر بعض فقهاء الحنفية ، واما البقية من فقهائهم ــ كغيرهم ــ فلا يجيزون للقاضي نصب من عرف بالفسق بمعصية الله تعالى ، بل لو كان منصوبا من جهة المفقود او وصيا من قبل الاب قبل وفاته ــ فان القاضي يبدله ، ويقيم غيره مقامه • اتماما للنظر ، ورعاية لحقوق القاصرين(٢) •

---

(١) راجع الفقرة الاولى من المادة ٨٤ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ •

(٢) تبيين الحقائق ٢٠٧/٦ •

وباختلال هذه الشروط ، او بعضها يعزل الوصي ، ومثله القيم

٥ ـ صلاحيات القيم :

والقيم انما جيء به ليقوم بادارة اموال المفقود ، ورعاية حقوقه ٠ لئلا تصاب بالضرر ، او تمنى بالضيـاع ٠

فيتصرف على ضوء مايحقق صيانة حقوقه ورعايتها ، بكل حيطة وأمانة ٠ مقدما الاهم على المهم ٠ فيجمع الغلات ، ويحفظها ، ومايخاف عليه الفساد يستأذن القاضي ببيعها ٠ وكذا الشأن في سائر اجناس المنقولات ٠ لان مايتعذر حفظـه من الاعيان يصار الـى بيعه وحفظ ثمنه(١) ٠ كما انه ينفق على زوجة المفقود ، واولاده الصغار ، وكبار الاناث ، والعجزة من كبار الذكور ، بعد اثبات الزوجية والفرعية بطرق الاثبات الاصولية ٠ لان وجوه النفقة من الواجبات التي فيها حياة هؤلاء ، فيستحقونها في مال المفقود ، باتفاق الفقهاء ٠ سواء كان ذلك الحق من قبيل الحكم على الغائب ـــ كما يقول جمهور الفقهاء ـــ ام من قبيل تمكين المستحق من اخـذ حقه ، كما يرى الحنفيـة ، الذين لايرون صحة الحكم على الغائب كما لايرون صرف النفقة من قبيـل ذلك ، بل من باب تمكين المستحق من اخذ حقه كـما تقدم ٠ على ان الفريقين اتفقا في النتيجة (ثبوت النفقة للاصول والفروع المحتاجيـن وللزوجة مطلقا في مال المفقود) واختلفا في التعليل(٢) ٠ وكلا الطرفين استدل فيما رواه البخاري ومسلم والنسائي وابو داود(٣) ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلـم اذن لزوجة ابي سفيان ان تأخذ من مـال زوجها مايكفيها ، وولدها بالمعروف ٠ ونصه في صحيح مسلم : « جاءت هند الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، والله ماكان على ظهر الارض اهل خباء احب الي ان يذلهـم الله من اهل خبائك ،

---

(١) انظر المسبوط ج ٣٨/١١ ، ٣٩ ، وشرح المجلة للاستاذ المرحوم منير القاضي ٢٦٦/٤ ٠

(٢) المبسوط ٣٨/١١ ، ٣٩ ٠

(٣) فتح البارى ٤٠٨/٩ ، نيل الاوطار ٣٦٣/٦ ، ومختصر صحيح مسلم رقم ٨٨٧ باب : للمرأة ان تنفق من مال زوجها بالمعروف على عيالـه ص ٢٣٤ ٠

وما اصبح اليوم على ظهر الارض اهل خباء احب الي من ان يعزهم الله من اهل خبائك . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « وايضا والذي نفسي بيده » ثم قالت : يارسول الله ، ان ابا سفيان رجل مسك فهل علي حرج ان انفق على عياله من ماله بغير اذنه ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لاحرج عليك ان تنفقي عليهم بالمعروف » وفي لفظ رواية البخاري : « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » فلئلا تضيع اموال المفقود الذي لايمكنه رعايتها شرع نصب القيم عنه ، من قبل القاضي ، كما شرع نصب الوصي على القاصر . حفظا لاموالهما من التلف والضياع ، وضمانا للقاصر من ان يبلغ مفلسا لايملك شيئا ، بينما كان يملك ثروة فبددها اسرافا وسفها ، ولو كان رشيدا لاستفاد منها ، وافاد ، وساهم في منافع الامة وبناء البلاد .

وزوجة المفقود تستحق النفقة من ماله . لانها في عصمته ، ولا يزال عقد الزوجية قائما . سواء كانت غنية ام فقيرة .

وما سوى الزوجة ـ من اصول المفقود وفروعه ـ فأنما يستحقون النفقة في مال المفقود بشرط ان يكونوا محتاجين ، ولو كانوا اغنياء لما استحقوها (١) . ومن صلاحيات القيم بعد تحققه من اثبات زوجية الزوجة ، وفرعية الاولاد ، وثبوت الوالدية ـ ان يأخذ منهم كفيلا . للاستيثاق لجواز ان يكون المفقود قد فارق الزوجة قبل ان يفقد ، او عجل لها نفقة خمس سنين مثلا لها ـ ولاولادها . وأخذ الكفيل متروك الى رأي القيم ، مالم يكن هناك خصم ادعى مايقتضي ضرورة أخذ الكفيل (٢) .

٦) اخذ الاجرة على القوامة :

على ضوء ماتقدم من ضرورة وجود من يقوم برعاية اموال القاصر ـ

(١) المبسوط ٣٨/١١ . وشرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للابياني ١١١/٢ ، ١١٢ .

(٢) المبسوط ٣٩/١١ وشرح مجلة الاحكام للمرحوم منير القاضي ٢٩٩/٤ .

والمفقود نوع منه ـ وصيانة حقوقه ، فلابد اذاً من نصب وصي أو قيم يزاول هذه المهام . وهذا الوجوب والالزام متجه على جهة معلومة ، تتحمل مسؤولية التنفيذ . كما تقدم ذلك في فقرة : حكم نصب القيم .

وعلى ضوء الامر الرباني في قوله تعالى :

« وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشداً فأدفعوا اليهم اموالهم .. (١) » فمن الواضح ان الخطاب ، والامر بامتحان القاصر ، ودفع المال اليه بعد ايناس الرشد ، والاشهاد كل ذلك لايوجه الى القاصر . لانه ليس اهلا للتكليف ، وانما المخاطب به الحاكم . ومن هنا جاءت ضرورة نصب قاض في كل مدينة ، وربما اكثر من قاض في بعض المدن . ثم ان القاضي هو الاخر لايستطيع ان ينظر في جزئيات كل قضية ، الا على وجه التوجيه ، وتفويض كل مهمة الى شخص « الوصي ، او القيم » ليتصرف في الجزئيات بحسب الصلاحيات المخولة اليه ، بعد التثبت من كفاءته ، على ضوء ماسبق بيان صفاته وما يشترط فيه .

وهنا تبقى مسألة : هل هذا الوصي او القيم يحتسب اتعابه وجهده على الله تعالى ، من غير تعويض مادي في الدنيا ؟ ام يجوز ان يعوض (٢) هذا ماسنتناوله في هذه الاسطر ان شاء الله تعالى .

محور الكلام ، وعمدة الاحكام في اخذ الاجر على الوصاية هو قوله تعالى في الاية السابقة : « وابتلوا اليتامى ... فادفعوا اليهم اموالهم ، ولا تاكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف ... » وظاهر الاية يدل على وجوب استعفاف الوصي الغني (ومثله القيم على المفقود) وعدم اخذ الاجر على الوصاية والقيمومة . لظاهر النص « ومن كان غنيا فليستعفف » فيقوم برعاية اموال القاصر واصلاحها حسبة لوجه

---

(١) سورة النساء الاية / ٦

(٢) روح المعاني لابي الثناء الشهاب الالوسي البغدادي ٢٠٨/٤ .

الله تعالى .

اما الفقير من الاوصياء والقوام ففي اكله من مال القاصر أكثر من محمل : وعلى الرغم من ان النص القرآني اباح للوصي الفقير ان يأكل بالمعروف ، الا ان هناك احتمالا : هل هذا الاكل من قبل الوصي الفقير تعويض عما يقوم به من عمالة في اموال القاصر ورعايتها ؟ فهو تمليك . لم انه اقتراض لسد حاجة فقير تفرغ لرعاية اموال القاصر ؟ فهو مقترض يوفي اذا ايسر ؟ قولان : كما ذكر ذلك الشهاب ابو الفضل الالوسي البغدادي في روح المعاني في تفسير الاية .

ولماذا اختير لفظ فلياكل وبالمعروف ؟ وهل يفيد حرمة غير الاكل كاللبس وشبهه ، كما قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما : ان كان فقيرا فليضرب بيده مع ايديهم فلياكل ولايكتسي عمامة فما فوقها (١) باثبات الياء في يكتسي بالاصل .

فالذين يرون ان مايأخذه الوصي الفقير هو اقتراض لاتمليك . وعليه القضاء اذا ايسر . وهو قول عمر بن الخطاب ، ورواية عن ابن عباس ، وقول محمد الباقر وعبيدة السلماني ، وسعيد بن جبير ، والشعبي ، ومجاهد ، وبه قال الاوزاعي (٢) .

فقد جاء في خطاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله :

« الا واني انزلت نفسي من مال الله (بيت المال) منزلة الولي من مال اليتيم ، ان استغنيت استعففت ، وان افتقرت اكلت بالمعروف فاذا ايسرت قضيت »(٣) .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٤/٦ ، وعون المعبود شرح سنن ابي داود ٧٤/٨

(٢) احكام القران للجصاص ٦٤/٢ ، والجامع لاحكام القران للقرطبي ٤٢/٥ ، وروح المعاني ٢٠٨/٤ .

(٣) تفسير القرطبي ٤٢/٥ ، وسنن البيهقي ٥/٦ ، وروح المعاني للالوسي ٢٠٨/٤

واستدل هؤلاء على قولهم : بأن الله تعالى ذكر في نفس الآية الاذن بالاكل بالمعروف قرضا لمن كان فقيرا ، كما ذكر القضاء فقال : فأذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا ••• ثم ان نصوص القرآن بشأن مال اليتيم تقتضي زيادة التحفظ بمجرد سماعها قال تعالى : « واتوا اليتامى اموالهم ، ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم انه كان حوبا كبيرا »(١) •

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده ••• »(٢) •

« ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا »(٣) وقد جاء في اكثر من رواية ، انه حين نزل قول الله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ••• » عزلوا اموالهم عن اموال اليتامى ، فجعل الطعام يفسد ، واللحم ينتن ، فشكوا ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فانزل الله تعالى : « ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير ، وان تخالطوهم فاخوانكم ، والله يعلم المفسد من المصلح ••• »(٤) « فخلطوا طعامهم بطعامهم وشرابهم بشرابهم »(٥) ويبقى العاقل يتمعن ويتأمل هذا الاذن بالمخالطة ، الممزوج رهبة ، ورغبة ، من خلال : « والله يعلم المفسد من المصلح » • والجمهور من العلماء ، وائمة السلف من الصحابة والتابعين (رضي الله عنهم اجمعين) يرون : انه يجوز للوصي الفقير ان يأكل من اموال القاصر بالمعروف ، وفسروا

---

(١) سورة النساء الاية ٢

(٢) سورة الاسراء الاية ٣٤

(٣) سورة النساء الاية ١٠

(٤) سورة البقرة الاية ٢٢٠

السنن ٦/٥ ، ٢٨٤ تفسير القرطبي ٣/٦٢ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٦/٥ ، ٢٨٤ •

(٥) رواه ابو داود والنسائي من حديث ابن عباس واخرجه البيهقي ، راجع

ذلك بأن يأخذ الاقل من اجرة مثله ، وكفايته (١) • مستدلين على هذا بما يلي :

١) قوله تعالى : « ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » ووجه الدلالة من الاية : ان الوصي ان كان فقيرا يأكل بالمعروف ، والترخيص بالاكل صريح ، ولما كان ذلك من اموال اليتامى قيده الله تعالى بالمعروف • وهو الذي لايزيد على الكفاية ولا على اجر المثل • فأن مكافأة من يعمل لمصلحة اليتيم وحفظ امواله امر معقول ، خصوصا عندما يكون هذا العامل فقيرا • ولذلك اذن الله تعالى به وهو الحكيم الخبير •

٢) ماروواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها ، في قوله تعالى : « ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » انها نزلت في والي اليتيم ، اذا كان فقيرا انه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف (٢) •

٣) ماروواه الخمسة الا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده : ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : اني فقير ليس لي شيء ، ولي يتيم • فقال : « كل من مال يتيمك غير مسرف ، ولا مبادر ولا متأثل » (٣) •

والمسرف هنا : هو الذي يأكل من مال اليتيم زيادة على النفقة الضرورية •

والمبادر : هو المسارع الى اتخاذ المال من اموال اليتيم ، قبل ان يكبر فيستلم المال •

وهو بيان للاية « ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا » •

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٦٤ ، ٦٥ ، وجامع الاحكام للقرطبي ٥/٤٢ ، وسنن البيهقي ٦/٢٨٤ •

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦/٢٨٤ ، ومختصر صحيح مسلم رقم الحديث ٢١٣٠ ص ٥٦٦ •

(٣) سنن البيهقي ٦/٢٨٤ ، ونيل الاوطار ٥/٢٨٣ وعون المعبود شرح سنن ابي داود ٨/٧٤ •

والمتأثل : المتخذ من مال اليتيم زيادة على النفقة • والتأثل : اتخاذ اصل المال ، حتى كأنه عنده قديم •

روى البيهقي بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما في قول الله عز وجل : « ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف ، قال : ان كان فقيرا فليضرب بيده مع ايديهم — اليتامى — فلياكل ولا يكتسي عمامة فما فوقها » (١) •

اخرج البيهقي بسنده الى الحسن العرني : ان رجلا قال : يارسول الله ، مم اضرب منه يتيمي ؟ قال : مما كنت منه ضاربا ولدك ، قال : اقاصيب من ماله ؟ قال : غير متأثل مالا ، ولا واق مالك بماله (٢) •

اذن فالترخيص بأكل الوصي الفقير بالمعروف ، من غير قضاء — قول معتمد يسنده ظاهر الكتاب والسنة الصحيحة • واثار الصحابة رضي الله عنهم اجمعين •

وبقية الاقوال الاخرى فانما هي وجهات نظر لاتخلو من الوجاهة • والله سبحانه يثيب قائليها • لانهم بذلوا وسعهم فتوصلوا اليها • علما بانها تدل على ورع دقيق ، وحس مرهف • وهي اقوال عديدة تصل الى خمسة او ستة من الاقوال • ولا اتصور ان هناك حاجة لاستعراضها هنا (٣) •

والذي درجت عليه الامة من خلال اقوال جمهور الائمة : ان ولي القاصر يستعفف ان كان غنيا ، ويأكل بالمعروف ان كان فقيرا •

وهذا يعطينا مؤشرا واضحا هو ان الرغبة في الخير كانت قوية في المجتمع الاسلامي ، وان القيام بأمور القاصرين — سواء كانوا

---

١) السنن الكبرى ٦/٤ ، والنسخ التي حقق عليها الكتاب تثبت الياء في يكتسي ، فلا نافية .

٢) المصدر السابق . وقال عنه : هذا مرسل . وله روايات اخرى تعضده .

٣) راجع ان شئت : احكام القران الجصاص ٢/٦٤ — ٧٢ وكذا تفسير القرطبي ٥/٤٢ — ٤٥ والسنن الكبرى للبيهقي ٦/٤ ، ٥ ، ٢٨٤ ونيل الاوطار للشوكاني ٥/٢٨٢ — ٢٨٤ •

يتامى أم مجانين ، أم مفقودين ـ من امور الحسبة التي يتنافس فيها اهل الخير ، لوجه الله تعالى ، وابتغاء مرضاته • بسبب ان الله سبحانه اوصى بالاحسان اليهم • فقال : « وأتوا اليتامى اموالهم ، ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم انه كان حوبا كبيرا »(١) •

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده »(٢) •

« ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير ، وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ••• »(٣) •

وهذه النصوص وامثالها هي التي دعت افراد المجتمع من سلفنا الصالحين الى مساعدة القاصر بشكل عام ، ورعاية اليتيم بشكل خاص ، بحيث يستعفف الغني ، ويقوم بعمله حسبة ، ويتحفظ الفقير في الاكل بالمعروف بلا سرف •

ويقوم القضاء بواجبه ، لايبتغي جزاء ولا شكورا الا من الله سبحانه ولدى استعراض اقوال العلماء في تفسير الاية السادسة من سورة النساء وهي ترفع مبدأ « ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » رأينا ان جمهور العلماء في القديم ، وكذا في الحديث يرون عدم جواز اخذ الغني اجرة على الوصاية ، بل يقوم برعاية اموال القاصر حسبة لوجه الله تعالى • لظاهر الاية ، والامر الصريح في : « فليستعفف » اللهم الا اذا نص الموصي على تعويض الوصي ، او خصص المفقود لوكيله جعالة ، فذلك جائز اتفاقا • فقد ورد في صحيح الحديث ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كانت له ارض عامرة بالنخل قرب المدينة ، فقال :

يارسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس ، فأردت ان

---

(١) سورة النساء /٢

(٢) سورة الاسراء /٣٤

(٣) سورة البقرة /٢٢٠

اتصدق به ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تصدق باصله ، لايباع ولا يوهب ، ولا يورث ولكن ينفق ثمره • فتصدق به عمر ، فصدقته تلك في سبيل الله ، وفي الرقاب ، والمساكين ، والضيف وابن السبيل ، ولذي القربى ، ولاجناح على من وليه ان يأكل منه بالمعروف ، او يؤكل صديقه غير متمول به (١) •

اما الخلاف فهو فيما اذا اوصى ، ولم يعين للوصي جعلا ، هل يأخذ بقدر عمله ام لا ؟

وقد سبق ان قلنا : ان جمهور الفقهاء لايقولون بجواز اخذ الوصي الغني اجرا على الوصاية •

بينما وجدنا هناك من يقول بجواز اخذه الاجرة مطلقا فقد روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها القول : بجواز اخذ الوصي من مال اليتيم قدر عمالته : وهو قول عكرمة والحسن(٢) • وقد رمز الامام البخاري في الجامع الصحيح الى هذه المسالة ، في باب قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ••• الى اخر الاية السابقة من سورة النساء ، ثم قال : وما للوصي ان يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته » وفي رواية : « وللوصي ان يعمل ••• وعلق ابن حجر العسقلاني على قول البخاري رحمهما الله تعالى فقال : وهذه من مسائل الخلاف ، فقيل يجوز للوصي ان يأخذ من مال اليتيم قدر عمالته ، وهو قول عائشة ــ كما في ثاني حديثي الباب ــ وعكرمة والحسن وغيرهم • وقيل : لا يأكل منه الا عند الحاجة ••• »(٣) •

---

(١) رواه البخاري ومسلم من حديث ابن عمر اللفظ للبخاري انظر عمدة القاري ٥٩/١٤ ومختصر صحيح مسلم ــ كتاب الوقف رقم الحديث ١٠٠٠ ص ٢٦٤ وكذا فتح الباري ٢٩٣/٥ •

(٢) راجع فتح الباري ٢٩٣/٥ ، وعمدة القاري ٥٧/١٤ ، ونيل الاوطار ٢٨٣/٥

(٣) فتح الباري ٢٩٣/٥ . علما بان الروايات التي تقتصر جواز الاكل على الفقير عن عائشة صريحة ، سنن البيهقي ٤/٦ •

ومثل هذا القول (وهو جواز أخذ الاجرة) منقول عن الامام الشافعي رحمه الله تعالى : « وهو اخذ اقل الامرين من اجرته ونفقته ، ولا يجب الرد على الصحيح »(١) .

هذه هي ابرز الاقوال في اكل الوصي الاجرة من مال اليتيم ، في العصور الاولى ، وهناك من الاقوال مايمنع الاكل مطلقا . ويعتبر مال اليتيم بمثابة الميته لايقربها الا المضطر . فقد روى عن الامام الشعبي رحمه الله تعالى قوله : « هو عليه كالميتة والدم »(٢) سواء كان هذا بناء على اعتبار ان الاية : « ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ... » منسوخة ، ام انها مصروفة عن محل النزاع ، اذ المراد منها : ان الوصي يأكل من مال نفسه ، مستعففا بغناه ، ان كان غنيا ، وان كان فقيرا قتر على نفسه من ماله حتى لايحتاج الى الاقتراض من مال يتيمه(٣) .

اما بعد عصر النهضة ، وبعد سقوط بغداد على يد التاتار ويسمى عصر التقليد ، والركود ــ وحين عز المحتسبون في الوصاية والقوامة ــ فقد ذهب جمع من الفقهاء الى انه يجوز للقاضي ان يفرض اجرا للوصي اذا امتنع عن القيام برعاية اليتيم وحفظ حقوقه الا بها . ويمكن حمل الاية على انها ــ وان حث على التبرع وهو الاليق بحال اليتيم ــ لم تمنع اخذ الاجرة(٤) .

لاشك ان اخذ الاجرة على الوصاية اجراء مفضول . وان التعفف افضل ، من منطلق ان الله تعالى وصى باليتيم ، والاحسان اليه ، والاصلاح له ، وكفى بهذا تشويقا لان يستعفف الغنى ، ويسد الفقير رمقه غير مسرف ولا متأثل . وقد نقل العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى فتاوى جماعة من الائمة المتاخرين بجواز تقدير الاجرة

---

(١) نيل الاوطار ٢٨٣/٥ وفتح الباري ٢٩٣/٥ الاخرى .
(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٥٨/١٤
(٣) احكام القران للجصاص ٦٤/٢ ، وتفسير القرطبي ٤٣/٥
(٤) الاحوال الشخصية / ابو زهرة ٥١٨

للوصي ، اذا امتنع الامين عن العمل الا بأجرة ، فقد نقل عن حاشية قاضيخان على الاشباه ـ اخر كتاب الامانات ـ قوله « ولا يخفى ان وصي الميت اذا امتنع عن القيام بالوصية الا باجرة لايجبر على العمل لانه متبرع ، ولا جبر على المتبرع ، فاذا رأى القاضي ان يعمل له اجرة المثل فما المانع منه ؟ وهي واقعة الفتوى ، وقد افتيت بها مرارا (١) وقد وصف ابن عابدين قاضيخان ـ رحمهما الله تعالى ـ بأنه من اهل الترجيح . وبهذا افتى صاحب الحامدية .

وفي الفتاوى الخيرية : ان القيم يستحق اجر سعيه ، سواء شرط له او لا ، لانه لايقبل القوامة ظاهرا الا باجر ، والمعهود كالمشروط » (٢) وهناك قول للحسن بن حي : هو ان الخلاف في أكل وصي الاب ، اما قيم القاضي فله اجره ، ولا يأكل من نفسه(٣) .

مسلك القانون في العراق :

وقد ذهب قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في المادة ـ ٧٠ ـ الى جواز تخصيص اجر لمن يقوم بادارة اموال القاصرين ، مقابل قيامه بذلك بشرطين :

١) موافقة مجلس رعاية القاصرين باصدار قرار بذلك .

٢) ان لايتجاوز الاجر عشر مجموع الواردات السنوية للاموال التي يديرها .

وهنا لابد من التنبيه على ملاحظة مهمة ، هي : ان تقدير الاجر

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٥/٥٠٤

(٢) المصدر السابق

(٣) فتح البارى ٨/١٨١

ينبغي إن يدور بين نسبة معينة ، وبين اجرة المثل لمن يقوم بهذه المهام ، فيأخذ الاقل منهما لا ان يأخذ النسبة مطلقا . فقد تكون النسبة عشرة من المائة اضعاف مايستحقه مقابل عمله في القيمومة . فينبغي التنبيه لهذا .

واقترح تعديل المادة ، وجعلها كالاتي :

المادة ـ ٧٠ ـ يجوز تخصيص اجر لمن يقوم بأدارة اموال القاصر ، بموجب قرار من مجلس رعاية القاصرين ، فيعطى الاقل من : اجر مثل قيامه بهذا العمل ، وعشرة من المائة ، من مجموع الوارد السنوي للاموال التي يديرها .

الفصل الثاني

الزواج

ويشمل زواج المفقود ، والمنفى ، والاسير

اولا ــ زواج المفقود :

لا شك ان حادث فقد الشخص بحد ذاته مشكلة تترك اثارا كثيرة ، وتحدث اضرارا عديدة ، مادية ومعنوية ، وتخلف الاما في نفوس كثيرين ، وتبعث احزانا بالغة ، قد تخف بمرور الايام ، عند بعض فاقديه ، وقد تزداد ، بسبب ماينجم عن افول شمس المفقود عند البعض الاخر منهم •
وقد تضم مشكلة بعض اللفقودين النوعين من الاثار ، المادية والمعنوية •

ولا ريب ان ماتتركه مشكلة بعض المفقودين من الاثار المعنوية اشد خطرا ، وافدح ضررا ، من الاثار المادية • وذلك عندما يكون المفقود شابا ترك زوجة في مقتبل عمرها وبضعة اطفال •

وليست المشكلة في إن هؤلاء سيمسهم الجوع والعرى فحسب ، بل المصيبة ان هؤلاء ــ بمن فيهم الزوجة وقد تكون اخطرهم ــ حرموا نعمة الاستظلال بكنف الزوج المفقود ، والاحتماء بقوامته ورعايته ، واصبحوا عرضة للضياع ، حتى لو لم يكونوا من الجياع ، وقد عرفنا ان المفقود شخص انقطع خبره ، ولم يعلم عنه شيء • فهناك من يفقد في بلدته ، وقد يفقد في غيرها زمن انتشار الوباء القاتل ، وقد يفقد على اثر تحطم طائرة ، او باخرة في احد المحيطات ، وقد يفقد في بلاد الاسلام ، وقد يفقد في بلاد العدو ، في

معركة • ولما كنا بصدد بحث زواج المفقود ـ حيث كانت الزوجة محور المشكلة ـ فلا بد من ان نستعرض انواع المفاقيد الاساسية ، وما ذهب اليه فقهاء الشريعة بخصوص زوجة المفقود ، في كل نوع من هذه الانواع •

وللفقهاء اصطلاحات وتقسيمات بحثوا المسألة على اسس من تلك التقسيمات • ولا مشاحة في الاصطلاح •

فالمالكية قسموا المفاقيد الى اربعة اقسام اساسية ، سنبينها بعد • اما الحنابلة فقد قسموا موضوع البحث الى قسمين فقط :

(١) مفقود ظاهر غيبته السلامة و (٢) مفقود ظاهر غيبته الهلاك •

نعود الى ذكر الاقسام الاربعة التي بحث المالكية المسألة على ضوئها وهي : (١)

أ ـ مفقود في بلاد الاسلام ، يمكن البحث عنه ، في غير حالات الحرب ، وانتشار الوباء •

ب ـ مفقود في بلاد الكفر ، في غير حالات الحرب(٢) •

جـ ـ مفقود في المعركة الواقعة بين المسلمين والكفار •

د ـ مفقود في المعركة الواقعة بين المسلمين فيما بينهم في الفتن •

وينقسم هذا الفصل الى عدة مباحث :

المبحث الاول :

صبر الزوجة على فقد زوجها ، وسكوتها على ذلك :

وقبل الخوض في تفاصيل انواع المفاقيد تجدر الاشارة الى ان الزوجة اذا لازمت بيت الزوجية ، ولم تطالب القضاء بضرب مدة ونحوها ـ فهي زوجة المفقود ، ولا تزال في عصمته ، وتجب نفقتها في ماله ، وكذا نفقة اولادها منه •

---

(١) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٨٣/٢ •

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤٣٧٤/٩ ، وما بعدها •

وهو (المفقود) بأعتباره زوجا ملزم بالاتفاق عليها • فيستمر في حقه حكم الاحياء • عملا باستصحاب الحال • ابقاء لما كان عليه • وطالما فضلت الصبر على فقد زوجها ، ولم تطالب بالتفريق ـ فهي زوجته ، وتستمر نفقتها في ماله الى ان يظهر موته او طلاقه بيقين ، وحينئذ تنقطع رابطة الزوجية • فأذا ظهر موته أنقطعت النفقة ، وثبت حقها في الميراث منه ، واذا ظهر طلاقه انقطعت النفقة ، واخذت حقها : من المهر ، ونفقة العدة ، حسب الاصول الشرعية •

ذلك لان عقد الزواج ثابت بيقين ولا ينفسخ الا بموت ، او طلاق ، او مطالبة احد العاقدين بفسخه لضرر لحقه بسبب ذلك العقد ، بحيث لا يمكنه العيش بالمعروف مع ذلك الضرر الذي جلبه عقد الزواج •

وحين لاتطالب زوجة المفقود بفسخ العقد الذي لحقها الضرر بسببه فأن العقد يستمر صحيحا ، وتترتب عليه اثاره من الانفاق والميراث بناء على دوام ذلك العقد (١) •

البحث الثاني :

مراجعتها القضاء مطالبة البحث عنه :

اما حين تراجع زوجة المفقود المحكمة ، مطالبة بالبحث عن زوجها ، وضرب المدة فذلك دليل انها لاتريد الصبر على البلوى ، وانها لاتقدر على تحمل ضرر فقد زوجها ، ولا تجد ما يعوض عنه ، أو يسد فراغه• مع ما جبلت عليه من الحياء ، وما ينجم عن ذلك من تفاصيل ، بالاخص حينما يطرح طلبها على بساط القضاء ، ولا استغراب من ذلك • فأن امر المعيشة قد يهون ، وقد يندفع بالكسب والاقتراض ونحوه ، ولكن الفراغ النفسي الذي تركه الزوج حالة الفقد لايندفع ضرره •

يقول الامام شمس الدين الرملي رحمه الله تعالى ، وهو يفرق بين حجز

---

(١) راجع المغنى ٨/١٠٠ ، ١٠١ •

مال المفقود وتجميده ، وبين حجز زوجته وتأخيرها : « لان المال لاضرر على الوارث بتأخير قسمته ، وان كان فقيرا • لان وجوده لايمنعه من تحصيل غيره بكسب او اقتراض مثلا ، فيمكن دفع ضرره • بخلاف الزوجة ، فأنها لاتقدر على دفع ضرر فقد الزوج بوجه • فجاز فيها ذلك دفعا لعظم الضرر الذي لايمكن تداركه » (١) •

اذن حين ترفع زوجة المفقود امرها الى القضاء ، مطالبة بالنظر في دعواها ، ورفع الضرر عنها ، تنظر المحكمة في طلبها على ضوء نوع الفقد الذي حصل لزوجها • لاصدار الحكم المناسب لحالته ، وربما مع حالتها ، كما سيأتي • لذلك فلابد من ذكر وجهات نظر الفقهاء في زوجة المفقود ، وعرض استدلال كل فريق على مايقول : وقبل بحث اراء الفقهاء في شأن زوجة المفقود نقول :

اتفق جمهور الفقهاء على ان هناك حالات يسوغ للزوجة ان تطلب التفريق من زوجها ، مع قطع النظر عن كونه مفقودا او اسيرا ، او سجينا ، فمن تلك الحالات :

آ • **ان يترك الزوج زوجته بدون نفقة :**

وحينئذ لها الحق ان تطلب التفريق ، ولا تجبر على تجرع مرارة الجوع والعرى ، وذلة السؤال ، لاسيما اذا لم يكن للزوج ما تأمل منه فرجا • ولاغنى للانسان عن لقمة العيش ، والسكن • وبهذا قال جمهور العلماء من المالكية (٢) ، والشافعية (٣) والحنابلة (٤) ، وبعض الزيدية (٥) ، والامامية (٦) •

---

(١) نهاية المحتاج ١٤٠/٧ ، وكذا تحفة المحتاج ٢٥٤/٨ •
(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ٥١٨/٢ •
(٣) المهذب لابي اسحاق ١٦٣/٢ •
(٤) المغنى ١٧٥/٨ •
(٥) البحر الزخار ٢٧٦/٣ •
(٦) شرائع الاسلام للحلى ٣٩/٣ ، والروضة على اللمعة ١٥٨/٢ ، منهاج الصالحين للحكيم ٣٢٠/٣ •

وهو المروى عن عمر وعلي وابي هريرة رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري ، وعمر بن ابي عبد الرحمن ، وحماد شيخ ابي حنيفة ، وغيرهم كثير (١) ٠

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١ ٠ بقوله تعالى : « فامساك بمعروف او تسريح بأحسان » (٢)

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : ان الامساك للزوجة مع ترك الانفاق عليها ليس امساكا بمعروف ، فيتعين التسريح باحسان ، لعدم تحقق الامساك بمعروف ٠ فأن لم يسرحها الزوج سرحها القاضي ازالة للضرر ٠

٢ ٠ وبقوله صلى الله عليه وسلم : « خير الصدقة ماكان منها عن ظهر غني ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول ، فقيل : من اعول يارسول الله ؟ قال : امرأتك ممن تعول ، تقول : اطعمني والا فارقني ٠٠٠٠ » (٣) ٠

٣ ٠ وبما اشتهر ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه : كتب الى امراء الاجناد : ان ادع فلانا وفلانا ـ ناسا قد انقطعوا من المدينة ، وخلوا منها ـ فأما ان يرجعوا الى نسائهم ، واما ان يبعثوا اليهن بنفقة ، واما ان يطلقوا ويبعثوا بنفقة مامضى ـ (٤) واشتهر ذلك بين الصحابة رضوان الله عليهم ٠

---

(١) المغنى ١٧٥/٨ ، ونيل الاوطار ٣٦٥/٦ ٠
(٢) سورة البقرة الاية ٢٢٩ ٠
(٣) صحيح البخارى ٢٠٤/٣ ، ٢٠٥ ، ونيل الاوطار ٣٦٣/٦ ٠
(٤) الام للشافعي ٢٣٢/٨ ، ومصنف عبد الرزاق ٩٦/٧ ، والمغنى ١٧٦/٨ ٠

وبه افتى جمهرة من ائمة التابعين وتابعيهم • كالامام سعيد بن المسيب ، وحماد شيخ ابي حنيفة ، وقتادة ، والحسن البصرى (١) •

في القانون العراقي :

وقد جاء في الفقرة الثامنة من المادة الثالثة والاربعين من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ :

اولا ـ للزوجة طلب التفريق ، عند توفر احد الاسباب الآتية :

آ • اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه ، او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة •

ب • ومن تلك الحالات : التفويض :

وذلك بأن يفوض الرجل لزوجته طلاقها ، ويخيرها بان تفعل ماتشاء • فمن الثابت ان المكلف الكامل الاهلية له ان يتصرف في كل مايملكه من الحقوق • وله ايضا ان يخول غيره بالتصرف ، ويعطيه ماله من صلاحيات • فأذا فوض الرجل الطلاق لزوجته ، وخيرها بان تفعل ماتشاء ، من ابقاء عقد الزوجية او حله ، جاز له ذلك ، ولا حق له في التعقيب على ماتفعل ، لانه سلمها ماكان يملكه • ولا حق له في الرجوع • بعكس مالو وكلها بالتطليق فيجوز له ان يسحب الوكالة ، وتبطل ، لان من حق الموكل انهاء الوكالة ، وابطال مفعولها (٢) •

ج • ومنها الشرط :

فلو الزم الزوج نفسه بشرط لزوجته في صلب عقد الزواج ، كان من حقها الفسخ • لانه شرط لزمه في عقد الزواج فيثبت لها حق الفسخ بترك الوفاء ، كالرهن والضمين في البيع • كما لو اشترطت عليه ان لايخرجها من دارها او بلدها ، او لايتزوج عليها ، او

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٧/٩٤ ـ ٩٦ •

(٢) مواهب الجليل ٤/٩١ ، والشرح الكبير ٢/٤٠٦ •

اشترطت عليه : ان تملك امرها متى غاب فوق الشهر لاي سبب ، كل هذا وشبهه مما يحق لها المطالبة به (١) ٠

والدليل على هذا من النقل : ان الله تعالى شرع تخيير الزوج زوجته او زوجاته فأن اختارته فهي امرأته ، وان اختارت نفسها فهي طالق ٠ وهذا اسمى صور التعامل الكريم في اتاحة الفرصة للمرأة التي تفضل فراق زوجها متصورة ان سعادتها مع غيره اكبر ٠

قال الله سبحانه : يايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكم سراحا جميلا ٠ وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الاخرة فأن الله اعد للمحسنات منكن اجرا عظيما (٢) ٠ وحين خير الرسول صلى الله عليه وسلم زوجاته اخترنه ، وزهدن في الدنيا ، وزينتها ٠ وقد فهم الصحابة ان الرجل اذا خير زوجته فقد اعطاها مقاليد الزواج (٣) ٠ اذن متى كانت زوجة المفقود تملك امر نفسها ، بموجب تفويض ، او تخيير سابق من زوجها او كانت متمتعة بما كان لها من الشرط على زوجها في العقد ، او لم يوفر لها النفقة ففي كل هذه الحالات لها حق الفسخ بشكل صريح ، وصحيح ، وبمدة وجيزة ٠ كما سيأتي تفصيل بعض ذلك ، ولا داعي لان ترفع امرها الى القضاء بدعوى ان الزوج مفقود ٠ ذلك لان الاجراءات القضائية في المفقود طويلة وتستغرق مدة مديدة ، كما ان الخلاف في مسألة المفقود ، وزواجه قوى(٤) ٠

فأن توفرت نفقة زوجة المفقود ، وليس لها عليه شرط ، ولم تملك

---

(١) نيل المارب شرح دليل الطالب ٥٣/٢ ٠

(٢) سورة الاحزاب الايتان : ٢٨ ، ٢٩ ٠

(٣) مصنف عبد الرزاق ٨/٧ – ١٢ ٠

(٤) حاشية الدسوقي ، مع الشرح الكبير ٤٧٩/٢ ٠

التفويض ، ولم تصبر على فقد زوجها بل رفعت امرها الى الحاكم فهذا ما سنبحثه في هذه الاسطر :

لنوع الاول ـ المفقود في بلاد الاسلام :

للفقهاء في زوجة المفقود في بلاد الاسلام قولان :

القول الاول ـ انها تنتظر مجيئه ، او طلاقه بيقين ، او موته حقيقة ، فيما يغلب على الظن ، وان لم يحصل احد هذه الامور فهي زوجته ولا تزال في عصمته ، لاتتزوج بل هي امرأة ابتليت فلتصبر . كما لاتورث امواله . وسيأتي بحث الاموال في الفصل الثالث .

والى هذا القول ذهب الحنفية (١) والشافعية في اظهر القولين (٢) ، والزيدية (٣) والامامية (٤) ، وابن حزم الظاهري «٥» . وبه قال علي ، وابن مسعود ، رضي الله عنهما والنخعي ، وابو قلابة ، وحماد بن ابي سليمان شيخ ابي حنيفة ، والثورى ، وابن ابي ليلى ، وابن شبرمة القاضي ، وعثمان البتى ، والحسن بن حي (٦) .

القول الثاني ـ انها ترفع امرها الى الحاكم ، وينظر في طلبها ، وبعد ان يثبت له زوجيتها من المفقود ، وانها لاتزال في عصمته لم

---

(١) بدائع الصنائع ٣٨٥٥/٨ ، تبين الحقائق ٣١١/٣ .
(٢) الام للشافعي ٢٣٩/٥ ، والمهذب ١٤٦/٢ ، وتحفة المحتاج ٢٥٣/٨ .
(٣) الروض النضير ٤٢٨/٤ وما بعدها .
(٤) شرائع الاسلام ٣٩/٣ ، والروضة على اللمعة ١٥٨/٢ ، ومنهاج الصالحين ٣٢٠/٣ .
(٥) المحلي ١٣٣/١٠ ، ١٣٤ .
(٦) المصدر السابق ، والمغني ٩٦/٨ ، والروض النضير ٤٣٩/٤ ، وسنن الدار قطني ٣١٣/٣ .

يطلقها ـ امرها بالتربص (الانتظار) اربع سنين ، يفتش الحاكم خلالها عن المفقود ، فيرسل الكتب المتضمنة صفته بكل دقة ، الى قضاة الجهات التي يظن تواجده فيها ، ويبذل الجهد في البحث عنه حيا او ميتا .

فأن عجز عن الوقوف على خبره ، وانتهت الاربع سنين ، حكم القاضي بوفاته ، ثم امر الزوجة بان تعتد عدة الوفاة ، اربعة اشهر وعشرة ايام ، وبعدها يجوز لها ان تتزوج (١) . والى هذا القول ذهب المالكية (٢) ، والحنابلة عندما يكون ظاهر غيبته الهلاك (٣) ، وهو قول الشافعي في القديم (٤) .
وهو قول عمر وعثمان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ، من الصحابة ، وهو رواية عن علي ابن ابي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين (٥) .

وبه قال الحسن البصري ، وسعيد بن المسيب ، وقتادة ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة بن ابي عبد الرحمن ، والاوزاعي ، واسحاق ، والليث بن سعد (٦) . رحمهم الله اجمعين . وحينما تختلف اقوال هؤلاء الائمة الاعلام ، في مثل هذه المسألة ، فذلك يعني ان كل واحدة من وجهات النظر هذه تركز على جانب معين ،

---

(١) شرح الجلال المحلي على المنهاج ٥١/٤ ، ومدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ٣٨٩ .
(٢) المدونة الكبرى ٤٤٨/٢ ، ٤٤٩ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٧٩/٢ .
(٣) المغنى ٩٥/٨ ، ٩٦ والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٨٥٧/٤ .
(٤) المهذب ١٤٦/٢ ، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١٠٧/٢ .
(٥) المحلى لابن حزم ١٣٨/١٠ ، المنتقى للباجي ٩١/٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٤٦/٧ . والروض النضير ٤٢٩/٤ ، والمغنى ٩٦/٨ ، وفتح البارى ٣٨٠/٩ .
(٦) المصدر الاخير مع المحلى ١٣٧/١٠ ، ١٣٨ .

وتعتبره الاولى بالاهتمام ، وتلوح امامها آدلته ، وتبني على ذلك التركيز وترتب الاثار ، وتسلم للنتائج .
اذن فلكل فريق من هذين الفريقين الادلة التي اقام عليها قوله ، واسس بناء فكرته . فما هي ادلة كل فريق على ما يقول ؟

اولا - ادلة اصحاب القول الاول :

استدل اصحاب القول الاول ـ القائلين : بان زوجة المفقود ابتليت فلتصبر ، حتى يظهر حاله : بموته حقيقة ، او طلاقه ، او اقتناع القضاء بموته ، واصدار قرار بذلك ـ بما يأتي من الادلـة :

(١) بما رواه الدار قطني ، والبيهقي من حديث : امـرأة المفقـود امرأته حتـى يأتيها الخبـر ، وفي رواية : البيـان (١) .

وجه الدلالة منه : انها لاتزال زوجة للمفقود ، وفي عصمته . حتى يستبين امره بموت او طلاق .

(٢) وبما اثر عن علي رضي الله تعالى عنه في زوجة المفقود : هـي امرأة ابتليت فلتصبـر حتى يأتيها مـوت او طـلاق (٢) .

(٣) كما استدلوا بما فهموه من عموم النصوص المتعلقـة بالازواج : من وجوب الانفاق ، واحكـام الايلاء ، واللعـان ، والظهار ، وايقاع الطلاق .
فقد اورد الشافعي رحمه الله تعالى ذلك ، وقـال : فلم يختلف المسلمون فيما علمته في ان ذلك لكـل زوجة ، على كل زوج ، غائـب ، وحاضر . ولـم

سنن الدار قطنى ٣/٣١٢ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٧/٤٤٥ .
مصنف عبد الرزاق ٧/٩٠ .

يختلفوا في ان لاعدة على زوجة الا من وفاة ، او طلاق . (١) وقال الله عز وجل : «والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن ...» (٢)

ووجه الاستدلال بهذه العمومات : انها لم تستثن من الازواج مفقودا ولا موجودا . فأن حكمهما واحد لم يختلف عن الباقين .

ومثل الامام الشافعي رحمه الله تعالى لاطراد هذا الحكم ـ زيادة على المفقود ـ بمن غاب برا ، او بحرا ، علم مغيبه ، او لم يعلم ، اسره العدو فصيروه الى حيث لاخبر عنه ، اوهام لزوال عقله ، او ركب البحر فلم يعلم له خبر . حتى لو جاء ان المركب قد غرق ، لكن وجوده او موته لم يتعين . ففي كل هذه الصور ، ونحوها لاتعتد امرأته .

(٤) واستدلوا بالمعقول فقالوا : ان الزواج ثابت بيقين ، والمفقود يحتمل الموت ، والحياة فأمره في شك . والشك لايهدم اليقين (٤) .

(٥) واستدلوا بالقياس : فقالوا : كما ان مال المفقود لايورث ، بل يبقى على ملكه استصحابا للحال ، فكذا زوجته لاتبين قياسا على المال . والابضاع اخطر من الاموال فينبغي ان يحتاط فيها (٥) . هذه خلاصة ادلتهم .

---

(١) الام للشافعي ٥/٢٣٩ .
(٢) سورة البقرة / ٢٣٤ .
(٣) الام ٥/٢٣٩ .
(٤) فتح القدير لابن الهمام ٤/٤٤٤ وشرح المنهاج للجلال المحلي ٤/٥١ .
(٥) تبيين الحقائق ٣/٣١٠ .

ثانيا ـ ادلة اصحاب القول الثاني :

اما اصحاب القول الثاني القائلون بضرب المدة لزوجة المفقود فقد استدلوا بما يلي من الادلة :

(١) بقوله تعالى : « فامساك بمعروف او تسريح بأحسان » (١) ، وقوله سبحانه : « فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » (٢) وقوله : « فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا ايات الله هزوا » (٣) ووجه الاستدلال بهذه النصوص ان الله تعالى امر كافة الازواج باحدى حالتين تجاه زوجاتهم : فأما ان يمسكوهن زوجات لهم ، وأما ان يفارقوهن بمعروف وحسن معاملة في كلتا الحالتين ، من الوفاق والفراق ٠

وترك الزوجة معلقة محجوزة على مفقود لايعرف حاله ، ولا ماله ، وسد ابواب الامل في وجهها الى اجل غير مسمى اشد انواع التعليق الذي نهى الله سبحانه عنه من كان قريبا من زوجته فكيف بمن لاتعلم عنه شيئا ؟

حيث قال تعالى : « فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة ٠٠٠ » (٤) ٠

فحق للقاضي ـ الذي اعطته الشريعة ولاية في رفع الضرر ـ ان يضرب لزوجة المفقود مدة يفتش في

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٢٩ ٠
(٢) سورة الطلاق الاية ٢ ٠
(٣) سورة البقرة الاية ٢٣١ ٠
(٤) سورة النساء الاية ١٢٩ ٠

اثنائها عن المفقود ، حسما للتعليق ، ورفعا للضرر ، تسريحا باحسان ان لم يتيسر الامساك بمعروف(١) ٠

(٢) بما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، من قوله : أيما امرأة فقدت زوجها ، لم تدر أين هو ، فأنها تنتظر اربع سنين ، ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ، ثم تحل(٢) رواه مالك ٠

(٣) واستدلوا بالمعقول فقالوا : ان فراغ المرأة التائقة والتحجير عليها الى ان يفنى جيل زوجها المفقود اضرار بالغ بها ، وليس اشق على نفس الانسان من الانتظار الى اجل غير مسمى ٠

وقد اقر الصحابة رضي الله عنهم قول عمر ، وقضى به غير واحد منهم ، بعد خلافة عمر ٠ فقد قضى بذلك عثمان ، وابن الزبير ، وقال به ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ٠ بل ، قيل : ان هذا مما لايدرك بالقياس ، فيحمل على السماع من الرسول صلى الله عليه وسلم(٣) ٠

يقول الامام الموفق ابن قدامة المقدسي رحمه الله تعالى : « وانما صرنا الى اباحة التزويج لامرأته (المفقود) لاجماع الصحابة ، ولان بالمرأة حاجة الى النكاح ، وضررا في الانتظار ٠ فأختص ذلك بها »(٤)٠

(٤) وبالقياس على المولي ـ الذي يحلف بان لايقرب زوجته اربعة اشهر ، فأما ان يعود الى معاشرتها

---

(١) مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء /٣٩٢ ٠

(٢) الموطأ بهامش المنتقي ٤/ ٩٠ ، والمغنى ١٠٣/٨ ، وفتح القدير ٤٤٤/٤ ٠

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٤٣/٤ ٠

(٤) المغنى ١٠٣/٨ ٠

بالمعروف ، واما ان يطلقها ، واذا امتنع طلقها القاضي عليه رفعا للضرر الذي اصابها ـ والضرر الذي اصاب زوجة المفقود في هذه الناحية متحقق ايضا ، بل الامل في عودة المولى أرجى من عودة المفقود بعد البحث اربع سنين •

(٥) وبالقياس على العنين • فاذا كان المصاب بالعنة يعطى فرصة ، ويمهل سنة ، فأذا مضت السنة ولم تثبت قدرته يفرق بينه ، وبين زوجته رفعا للضرر الذي اصابها ـ فأن مايصيب زوجة المفقود من الضرر في هذه الناحية لايقل عما اصاب زوجة العنين (١) •

لتعقيب على ادلة الفريقين :

ولدى استعراض القولين وادلة كل فريق على ماذهب اليه نلاحظ ان هناك استدراكا وتعقيبا اورد على ادلة كل فريق من قبل مخالفه •

وسنورد مجملها من اجل التعرف على الراجح من القولين فيما يظهر نا • والتعقيب على الدليل يقصد به صرف الدليل عن تحقيق الهدف منه ، تضعيف الاحتجاج به ، بايراد الاحتمالات التي تصرفه عن المقصود ، او لى الاقل تشكك فيه • ومن المعلوم : ان الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال لل بــه الاستـدلال •

اولا ـ التعقيب على ادلة القول الاول بما يلي :

آ • ان الاستدلال بما اخرجه الدار قطني من حديث : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » ـ لايحقق هدفا ، ولا يثبت به مدعى • لان في رواة الحديث مجاريح : فمحمد بن شرحبيل اسقطه ابن ابي حاتم فيما يرويه عن ابيه • لانه يروى المناكير • وسوار بن

---

(١) شرح العناية على الهداية ٤٤٣/٤ •

بن مصعب ــ هو الاخر من رواة هذا الخبر ، وقد قال عنه ابن القطان : اشهر في المتروكين منه ، ودونه صالح بن مالك ، ولا يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ، ولايعرف حاله (١) ٠

وحديث فيه اربعة من هذا القبيل لايصلح الاستدلال به ، بل لايليق ذكره في عداد الادلة على قضية ما ٠

ب ٠ ان استدلالهم بما روى عن علي رضي الله عنه من قوله : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها البيان ، وفي رواية : « موت او طلاق » ــ مروى بسند مرسل ، في حين روى عنه مثل قوله عمر بسند مسند(٢) ٠ فالاولى الاخذ بقوله الثاني (الطريق المسند) لسببين :

: ان الخبر المسند مقدم في الاستدلال على المرسل ٠

الثاني : ان المروّى عنه موافقا للصحابة احب مما روى مخالفا لهم ، واقرب الى الصواب ، واوفق مع دعوى الاجماع (٣) ٠ فحيث قضى عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ، وعلي على الراجح من الروايتين يصبح سكوت الباقين قائما مقام الرضا ، فيكون اجماعا ، اوله صفة الاجماع السكوتى ، من حيث الالزام ٠

ج ٠ واما ما أورده الامام الشافعي رحمه الله ، من شمول المفقود

(١) التعليق المغنى على سنن الدار قطني . محمد شمس الحق العظيم ابادى ٣/٣١٢ ، ٣١٣ ، وكذا ميزان الاعتدال ٢/٢٤٦ ونصب الراية ٣/٤٧٣ ، وتقريب التهذيب لابن حجر ٢/٢٠٠ .

(٢) المرسل والمسند : مصطلح اهل الحديث . فالاول : وهو المنقطع رواية الرجل عمن لم يسمع هو عنه .
والثاني : ما اتصل سنده الى منتهاه . وخلاف العلماء في الاحتجاج بالمرسل قوى تدريب الرواى ١/١٨٢ ، ١٩٧ .

(٣) مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ٣٩٣ ، ومقدسات ابن رشد ٢/١٠١ .

بعموم الآيات القرآنية ، في احكام الزواج ، والطلاق . والوفاة فيـرد عليه مايلـي :

١) ان دلالة العام ظنية عند جمهور الاصوليين . فلماذا لاتكون هذه النصوص عامة في حالات الامساك بمعروف ، ويستثنى منها حالات التسريـح باحسان ، وعنـدما لايكون الزوج حاضرا يكـون بمثابة الممتنع عن التسريح بجامع الضرر فيسـرحها عنـه القاضي ؟

٢) وقد قرر العلماء في مسألة وفاة رجل ، كانت زوجته حاملا ان الجنين يقدر له أوفر النصيبين : من حالتي اعتباره ذكرا ، أو انثـى . وتقسـم التركـة ، ويعطـى باقـي الورثـة الورثة اقل الاحتمالات ، ويوقف الباقي الـى ان تنكشف الحال . فنظروا المصلحة وقضوا بالاحوط ، تحاشيا عـن الاضرار ، وعن الانتظار ، واعتبروا للجنين حياة مقدرة ـ وقد تكون ظاهرة الحمل مجرد انتفاخ ، وقد يسقط ميتا ، وقد يكون واحدا ، وقد يكون توأمين . لكن حتى لايحصل على احد ضرر بحبس المال ، وطول الانتظار اضفوا عليـه حيـاة تقـديريـة .

فكذلك في المفقود . حتى لاتبقى الزوجة معلقة ، بين البأس الظاهر ، والرجاء الضعيف قدر القضاء موته ، فأن جاء فـي مدة الانتظار (الاربع سنين) فهي زوجته قطعا ، وان جـاء بعدها وبعد صدور الحكم بوفاته فهي زوجته كذلك ، اتفاقا . فان ضرب لها القاضي العدة ـ بعد الاربع سنين ـ اربعـة اشهر وعشرا ثم انتهت ، وعقد عليها ، وقبل الدخول جـاء المفقود فهي زوجة المفقود ايضا عند جماهير الفقهاء ، وعامة العلماء فاذا مضت كل هذه الظروف ، والادوار ، ولم يأت المفقود ، فما هو المبرر لتحملها الضرر ؟ وما هـو وجه رد

طلبها اذا كانت تدعي الضرر ، وتتوق الزواج ، وتخشى على نفسها الفتنة ؟

د ٠ وقد ضعف دليلهم القائل : بأن الزواج ثابت بيقين ، وموت المفقود مشكوك فيه ٠ والشك لايهدم اليقين ٠

عقب على هذا الاستدلال : بان زواج المولي ، والعنين ثابت بيقين ايضا وقد ثبت تفريق القاضي عليهما كذلك ، علما بان كلا من زوجة المولي والعنين لم تفقد الا الوقاع ، دون بقية وجوه الاستمتاع ، والمنافع الاخرى (١) ، اما زوجة المفقود فقد فقدت منه كل المقاصد التي يوفرها الزواج (٢) ، حتى التسلي برؤيته حيا ، بروح ويغدو ٠

هـ ٠ اما استدلالهم بقياس بقاء الزوجة في عصمة المفقود ، على ماله ، فذلك قياس مع الفارق لسببين :

الاول ــ ان جمهرة من الائمة لم يفرقوا بين زوجة المفقود وتركته ، بل قالوا : بعد ان يضرب القاضي المدة ، وتنتهي تعتد الزوجة عدة الوفاة ، ثم تتزوج وتقسم التركة ، وضعفوا القول : ببقاء امواله ، وزواج امرأته ، واعتبروه نوعا من التناقض اذ كيف تعتد زوجته باعتباره ميتا ، ويبقى ماله يدار من قبل الغير باعتباره حيا ؟ (٣)

الثاني : ان سلمنا بقاء اموال المفقود ، فلا نسلم بقاء زوجته ، لوجود الفرق الواضح بينهما (الزوجة والمال) :

لان في منع الزوجة عن المطالبة بحقها تعريضا للفتن والمزالق ، لا من حيث عدم وجود ماتنفقه ، بل من حيث كبت حريتها ، وعدم

---

(١) راجع التعليق المغني على الدار قطني ٣/٣١٤ ٠
(٢) مقدمات ابن رشد مع المدونة ٢/١٠١ وما بعدها ٠
(٣) المغني ٨/١٠٣ ٠

الاستجابة لدواعي الفطرة فيهـا ، المدلول عليها بقرينـة مطالبتها بصراحة طغت على طبيعة الحياء ، مما يـدل على قـوة رغبتها في الحياة الزوجية ، وعدم تحملها العيش مع مفارقة الزوج ٠

بينما لايخشى من بقاء المال عشر معشار مايخشى من بقاء الزوجة من المفسدة ، اذ من الممكن ان يقترض الوارث (ان حبس المال) او يتكسب ، مع قليل من الضرر وليس للزوجة أن تدفع ضرر فقد زوجها ، مع عظم الضرر وخطورتـه فافترقا (١) ٠ ولقائـل ان يتساءل : اليس في حبس مال المفقود تعطيل له عـن الاستثمار ؟ فالجواب : من الممكن عندما يكون هناك مع المفقود ورثة اخرون ، ان يدفع القضاء الى كل وارث حاضر اقل مايصيبه من حالتي حياة المفقـود ، ووفاتـه (٢) ٠

و ٠ اما قولهم : « ان موضوع الزواج من الامور الخطيرة ، فيتوقف في موضـوع الزوجة » فهذا تعليل ينبغي ان يستدل به مخالفكم ، وهو دليل على ضرورة استنباط الحل لموضوع الزوجة ٠ لان ترك مسألتها يزيد خطورتها ، وقد يعرضها للشطط ٠ فلابد من حل شرعي ، لاطلاق سراحها من ورطة انتظار المفقود الى سن تعميره ـ اي الى ان يصير عمره مائة عام او قريبا منها ٠

ثانيا ـ التعقيب على ادلة القول الثاني :

وقد عقب المخالفون على ادلة القول الثاني بما يأتي :

آ ٠ قالوا : ان الاستـدلال بالايات القرآنية (فـأمساك بمعروف او تسريح باحسان) و (فأمسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف) و (فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف) كل ذلك خطاب

(١) تحفـة المحتاج ٢٥٤/٨ ٠

(٢) المهـذب ٢٥/٢ ٠

للازواج : بأن يمسكوا بمعروف او يسرحوا باحسان ٠ ولما كان المعني والطرف في القضية مفقودا ، فلا يكلف لعدم علمه بالحال ، والمفقود تجرى عليه احكام الاحياء فيما كان له ٠ فلا يورث ماله، ولا تبين امرأته ٠ استصحابا للحال ٠ لبقاء ما كان على ما كان ، ما لم يظهر خلاف ذلك(١) ٠

ب ٠ اورد عليهم ايضا قياسهم المفقود على المولي بجامع الضرر ٠ علما بأن ضرر المولي مقصود ، بخلاف ضرر المفقـود ، فقد لايكون مقصودا فافترقا ٠ ومثله يقال في العنين ٠ فأن عود العنين ميؤس منه ، بعد التقاضي والامهال سنة ، فهو في مقام التحدى بخلاف المفقود فأن عودتـه مرجوة ٠

ج ٠ عقب على استدلالهم بما روى من الاثر عن عمر وقضائه في زوجة المفقود انه رجع عن ذلك ، وقال بمثل ماقال به علي ــ رضي الله تعالى عنهما ــ وحينئذ فلا يحتج بذلك(٢) ٠

خلاصـة القـول :

بعد ان استعرضنا ادلة كل من القولين ، وما عقب به على كل منها ظهرت لنـا بعـض المـلاحظـات :

هي : ان الذين قالوا : ان زوجة المفقود ابتليت فلتصبر ، استدلوا بخمسة ادلة ، وعقب عليها كلها بما يضعفها ، بحيث لم تعد صالحة لترجيح قولهم ، كما قد مر بنا ذلك ٠

١) فحديث الدار قطنـي لم يصـح ، ولا يليق ذكـره في عداد الادلـة كما تبين(٣) ٠

٢) واما الاثر عن علي ، فقد روى بأكثر من صورة ، منها ما وافق عمـر

---

(١) بدائع الصنائع ٣٨٥٥/٨ ، شرح الكنز ٣١٠/٣ ، المبسوط ٣٤/١١ ٠

(٢) فتح القديـر ٤٤٤/٤ ٠

(٣) راجع ميزان الاعتدال في نقد الرجال ٢٤٦/٢ ، ٥٧٩/٣ ٠

ثمان وابن عمر وابن عباس ، ومنها ما خالفهم ، ورغم كونه صحيحا و مرسل ، وما وافق فيه الصحابة مسند ، ونقدم بنا تقديم الاحتجاج سند على المرسل(١) .

ا ما استدل به الشافعي رحمه الله تعالى ، فقد تقدم بنا انها عمومات تخص محل النـزاع (المفقود) .

لمفقود وان انتظمه عمـوم الازواج لكنه مخصـوص من حكمهم ، اصحاب هذا القول . بدليل انهم قضوا في النهاية بوفاته ، وبينونة ، وقسمة امواله ، سواء كان ذلك عند بلوغ اقرانه الثمانين او المائة ، بقليل . ام بغير ذلك . وهذا الحكم غير قطعي اطلاقا . بدليل ان من من يعمر الى مائة وخمسين من السنين ، ومنهم من يصل الى المـائـة يـن .

ن حكموا اخيرا بموت المفقود ؟ فيما بين السبعين والمائة وعشرين ؟

اما دليلهم بان الزواج ثابت بيقين، وموت المفقود مشكوك فيه، والشك لايزيل اليقين فهو كما يظهر من اقوى ادلتهم لكنه مع ذلك مدفوع من وجهيـن :

الاول : ان هناك عقودا ثبتت بيقين ، ومع ذلك يرفعها القاضي . ازالة ، سواء وقع الضرر بقصد ، كالايلاء ، أم بلا قصد كالعنة .

واليقين في ثبوت العقود لايصح الاعتماد عليه ، اذا كان منفذا لاذى غير ل ، وضرر لم يكن بالحسبان . فان وقوع الضرر ينسف العقد ، ولـو بيقين . طالما اصبح ذريعة للاذى الذي وقع على احد طرفي العقد . بل من ن القول : بأن الطرف المتضرر اصيب بمنكر يجب على الحاكم ازالته . فا للمظلوم . سواء كانت طريقة ازالته بفسخ العقد ، ام باصدار حكـم ت الزوج(٢) .

---

٣) المغنى ٩٧/٨ ، وتدريب الراوى شرح تقريب النواوى ١٨٢/١، ١٩٧ .

١) مدى حرية الزوجين في التفريق قضـاء ٣٩٧ .

٥) كما ظهر جليا تداعي استدلالهم قياس الزوجة على المال في عدم قسمته • حينما قلنا ان قياس الزوجة على المال غير سديد لسببين :

١ • لان جمهرة من الفقهاء يرون قسمة المال بعد صدور قرار الحكم بموته ، واعتبروا من التناقض ان يفرق بين الزوجة والمال ، حيث تزوج المرأة نظرا لموت المفقود ، ويوقف المال فلا يقسم نظراً لحياته •

٢ • ولو سلمنا ان الاموال لاتقسم ، فالحكمة تقضي : بان الاعراض لاتقاس على الاموال • فالضرر الحاصل بعدم قسمة المال محدود ، وربما يكسب الوارث مالا سواه ، او يستدين بخلاف الضرر الحاصل لزوجة المفقود ، فانها لاتقدر على دفع ضرر فقد زوجها ، بوجه من الوجوه ، فجاز معها اجراء التفريق دفعا للضرر الذي لايمكن تداركه والا تعرضت لكبت يخشى انفجاره ، فتهدم شخصيتها ، وتضيع كرامتها • واما الذين قالوا بجواز مطالبة زوجة المفقود بضرب المدة والتفريق ـ فلم تسلم ادلتهم من التعقيب عليها ، كما قد مر ، الا انها تعقيبات فيها نظر ، وقد لاتقدح فيها • واليك اهم مافيها :

١) فالتعقيب على الاستدلال بالايات القرآنية : « فأمساك بمعروف او تسريح باحسان » و « فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » ، و « فأمسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » (١) ، يبدو انه تعقيب ضعيف • فكون الزوج غائبا ، او مفقودا لايمنع صاحب الحق من مطالبته بحقه ، ولا يمنع المتضرر بسببه ان يقيم الدعوى امام القضاء مطالبا بازالة الضرر ؟ بل له ذلك لئلا تهدر حقوق العباد ، ويلحقهم الضرر • وعلى الرغم من ان القضاء على الغائب مختلف فيه ـ الا ان الراجح عند جمهور الفقهاء جواز الحكم على الغائب ، بعد ثبوت الحق عليه بوجه شرعي • وهو قول مالك واحمد ، والشافعي اذا كان في حقوق الادميين(٢) •

---

(١) سورة البقرة / ٢٢٩ ، سورة الطلاق / ٢ ، سورة البقرة / ٢٣١ •
(٢) راجع المدونة ٢/٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ونيل المارب ٢/١٤٥ ، وفقه الامام الاوزاعي ٢/١٠٩ •

والتأمل في الحكم على الغائب معروف عن الحنفية ، ومع ذلك فأنهم اقروا الحكم في اموال الغائب للانفاق على زوجته ، واصوله ، وفروعه المحتاجين ، وقالوا : ينفق القاضي عليهم من اموال المفقود ، وليس ذلك حكما على الغائب ، بل هو تمكين المستحق من أخذ حقه ٠

والواقع : ان عبارات بعض الحنفية توحي ، بانه قضاء على الغائب بعد ثبوت استحقاقهم ، باثبات زوجية امرأة المفقود ، وثبوت نسب اولاده ، ووالديه ٠ بل لقد علل شمس الائمة ابو بكر السرخسي رحمه الله تعالى ذلك بقوله(١) :

« لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود نفسه » ومعلوم ما للامام السرخسي من الفضل والقدم ، ورسوخ التفكير : والقدم في مدرسة الحنفية ٠ اذ انه توفى رحمه الله تعالى سنة ٤٨٣ هـ على ان الامام المرغيناني صرح في كتاب الهداية : بنفوذ القضاء على الغائب ، اذا رأى القاضي ذلك ٠ وقد علق على عبارة الهداية هذه اكثر من واحد من شراحها ، رغم تأخر زمانهم ٠ فقد قال الامام اكمل الدين البابرتي (المتوفى سنة ٧٨٦ هـ) بقوله :

« الا اذا رآه القاضي ، اي جعل ذلك رأيا له ، فحينئذ يجوز ٠ لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ »(٢) ٠

وقريب من هذا تعبير الكمال بن الهمام ، حيث قال :

« اذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب ، وعليه فحكم فأنه ينفذ لانه مجتهد فيه »(٣) فظهر لنا من هذا ان كون المدعى عليه غائبا ، أو مفقودا لايجوز ان يكون سببا مبررا لسقوط حقوق الناس ، واستمرار نزول الضرر بهم ٠ طالما ان الشريعة اعطت القاضي ولاية تجعل فعله كفعل المفقود بنفسه ، كما يقول السرخسي ، قبل قليل ٠ وحينئذ تبقى

---

(١) المبسوط ٤٢/١١ ٠

(٢) العناية في شرح الهداية بهامش الفتح ٤٤٠/٤ ٠

(٣) انظر فتح القدير لابن الهمام نفس الصحيفة ٠

الايات الثلاث دليلا وجيها في اثبات المدعى •

٢) اما التعقيب على قياس المفقود على المولي ، من جهة ان المولي قصد الاضرار بزوجته ، بخلاف المفقود ، فليس له قصد في الاضرار بها فمع مايبدو فيه من الوجاهة فهو مردود •

وكذلك التعقيب على قياس المفقود على العنين ، بحجة افتراقهما : لوجود الامل في رجوع المفقود ، وعدم الامل في عودة قدرة العنين ، بعد تأجيله سنة • ولكن عند التأمل الدقيق ، نجد ان القياس في المثالين صحيح ، وموصل الى نتيجة طالما كانت علة التفريق حرمان الزوجة حقا مشروعا ، ومقصدا مهما ، من مقاصد الزواج ، سواء حصل ذلك الحرمان بقصد ، ام بغير قصد ، وسواء وجد بصيص امل في عودة المفقود ـ بعد مضي اربع سنوات من رفع الدعوى الى القاضي ـ ام لم يوجد • وهذا اذا سلمنا ان عودة المفقود ارجى من عودة العنين •

٣) اما التعقيب الاخير ، وهو : ادعاء ان عمر رضي الله عنه رجع عن قوله المشهور في زوجة المفقود فمن الممكن مناقشة هذا الادعاء من عدة وجوه :

الوجه الاول ـ ان الذين قالوا بتأجيل زوجة المفقود مستدلين بقول عمر او بقضائه باعتباره فقيها مجتهدا ، وللباحث ان يأخذ بوجهة نظر هذا المجتهد ، حتى لو كان له وجهة نظر اخرى مخالفة لهذه •

فللائمة اقوال قديمة ، وجديدة ، وروايات عديدة رويت عنهم يصلح كل منها ان يكون مستندا ، مرجحا لمن يتبناها من الدارسين •

والذين اخذوا بقول عمر لم يقولوا ان عمر كان مشرعا ، حتى اذا صدر عنه عكس ماقال في السابق كان اللاحق ناسخا ، والسابق منسوخا •

الوجه الثاني ـ ان عمر ليس وحده القائل بهذا القول ، فهناك من فقهاء الصحابة ممن عرف بالفقه في الدين ، والاستدلال على الاحكام ، من قال بهذا القول • فهو اذن ليس قول عمر وحده ، بل وقول عثمان وابن عمر ،

وابن عباس ، وابن الزبير ، ورواية عن علي ، وابن مسعود ، رضي الله عنهم .

الوجه الثالث ـ على ان ماروى من رجوع عمر رضي الله عنه غير صحيح . فهذا الامام الحافظ المحدث الفقيه احمد بن حنبل رحمه الله تعالى ، عندما سأله سائل عن رجوع عمر ، عن قوله في زوجة المفقود ، وصم الناقل بالكذب . وقد ساق الفقيه ابن قدامه المقدسي رحمه الله تعالى تلك الندوة العلمية مع الامام احمد رحمة الله تعالى عليه ، والتي رواها ابو بكر احمد بن محمد بن هاني الطائي المعروف بـ « الاثرم » رحمه الله تعالى : « قال الاثرم : قيل لابي عبد الله تذهب الى حديث عمر ؟ قال : هو احسنها ، يروى عن عمر من ثمانية وجوه ، ثم قال : زعموا ان عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابون » .

قلت : روى من وجه ضعيف ان عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا ، الا ان يكون انسان يكذب . قلت له مرة : ان انسانا قال لي : ان ابا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك ، فضحك ثم قال : من ترك هذا القول ، اي شيء يقول ؟ وهذا قول عمر ، وعثمان ، وعلي ، وابن عباس ، وابن الزبير ، خمسة من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم (١) . وبعد هذه الجولة في مناقشة ادلة القولين ، وما عقب عليها ، وما وجه به بعض التعقيبات تبين لنا رجحان ادلة القائلين :

بأن لزوجة المفقود في بلاد الإسلام الحق بأن ترفع امرها الى القضاء ، وبعد اتخاذ الاجراءات الاولية المتقدمة يضرب لها القاضي مدة التربص (اربع سنين من يوم رفع الدعوى) فأذا انتهت المدة ، ولم يعد المفقود يصدر حكما ويبلغها بأن تعتد عدة الوفاة ، وبعدها يحل لها الزواج ، ان شاءت ، ولم تجبر على البقاء تتقلب بين وحشة الفقد ، ومرارة الإنتظار ، الى اجل غير معلوم .

سؤال يرد :

---

(١) راجع سنن البيهقي ٤٤٥/٧ ، وفتح البارى ٣٨٠/٩ ، وسنن الدار قطني مع التعليق المغنى ٣١٣/٣ ، والمغني ٩٦/٨ وفقه الامام سعيد بن المسيب ٤١٤/٣ .

ماهو وجه الزام الزوجة بالعدة بعد ضرب مدة الاربع سنين ؟

ظهر لنا مما تقدم رجحان القول : بأن زوجة المفقود اذا رفعت امرها الى القاضي وتحقق من دوام زوجيتها من المفقود يضرب لها مدة تتربص فيها اربع سنين ، منتظرة عودة زوجها ، فيما يبحث القضاء خلالها عن المفقود ، ويكتب الى الامصار التي يظن وصوله اليها ، فأن لم يأته خبر ، وانتهت المدة يصدر قرار الحكم بوفاته . وهذا القرار يتضمن معنى اعم من الوفاة ، فهو من جهة اخرى فرقة قضائية ، مع كونها قرارا بوفاة المفقود .

فالقرار اذن اجراء ذو شبهين : فهو يشبه قرار الوفاة ، وفي نفس الوقت قرار بالفرقة بين الزوجين . زيادة في الحيطة التي تقضيها قضية الزواج . وبعد ان يفهمها القاضي : بأن عليها ان تعتد عدة الوفاة التقديرية (اربعة اشهر وعشرة ايام) تملك امر نفسها ان ارادت الزواج ثانية .

يبقى السؤال يتردد : ماوجه التأجيل بأربع سنين ، وما وجه التربص بأربعة اشهر وعشرة أيام ؟

فالجواب : ان هذا ناشيء عن الاحتياط ، صيانة للقضاء عن العبث ، رغم ان الدافع في اصل المسألة هو رفع الضرر عن المرأة .

ولما كان اقصى مايبقى الجنين في بطن امه هو اربع سنين بالاستقراء اجلت زوجة المفقود هذه المدة .

وليست هذه المدة علة منصوصة تستقصي بها براءة الرحم فحسب ، لا ابدا وانما هناك اسباب اخرى :

فأن المفقود في البلاد الاسلامية الواسعة يحتاج البحث عنه الى مدة كافية ، وقد يحتاج المفقود نفسه الى مدة طويلة يصل بها الى اهله ، او تصلهم رسائله ، خصوصا مع الجهل بالظروف التي يعيشها ، او تحيط به .

وقد ذكر فقهاؤنا : ان اقصى ماترجع فيه المكاتبات في بلاد الاسلام اربعة اعوام (١) علما بأن هذه المدة انما تبدأ بعد الرفع الى القضاء . فاذا انتهت

---

(١) شرح الخرشي ١٩٤/٤ .

الاربعة اعوام ويئس من معرفة خبر عنه ، اصدر القاضي قرارا ، وافهمها بوجوب العدة عليها ، وهي عدة المتوفي عنها زوجها • لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشرا •• »(١) وحينئذ • فالتأجيل اربع سنين (اطول مدة الحمل) ، واقصى مدة تصل فيها الرسائل ، والرسل ـ حسب ذلك العصر ـ ، والاعتداد بعدها بعدة الوفاة اجراء واضح ، روعيت فيه اكثر من ناحية •

ولابد من مراجعة القضاء لضرب هذه المدة ، واتخاذ بقية الاجراءات • فلو قعدت زوجة المفقود في بيته اربع سنين ، ولما يئست من عودته رفعت امرها الى القضاء ، فهل تعتبر المدة التي قضتها في البيت قبل مراجعة القاضي ؟ اولابد من ضرب مدة جديدة ؟

الجواب : لاقيمة للمدة التي سبقت مراجعة القضاء ، جاء في المدونة ، عن مالك : « أرأيت امرأة المفقود اتعتد الاربع سنين في قول مالك بغير أمر السلطان ؟ قال قال مالك : لا ، وان اقامت عشرين سنة ثم رفعت امرها الى السلطان نظر فيها ، وكتب الى موضعه الذي خرج اليه ، فأن يئس منه ، ضرب لها من تلك الساعة اربع سنين »(٢) « قال ابن وهب عن عبدالجبار ، عن ابن شهاب : ان عمر بن الخطاب ضرب للمفقود من يوم جاءته امرأته اربع سنين ، ثم امرها ان تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ثم تصنع في نفسها ماشاءت ، اذا انقضت عدتها »(٣) وهل هذا الاجراء أمر تعبدي(٤) أم انه معقول المعنى ، والحكمة فيه معلومة ؟

الواقع ان الله سبحانه جعل لعقد الزواج قدسية ، ومكانة رفيعة ، حتى

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٣٤ •

(٢) المدونة ٢/٤٥٠ •

(٣) المدونة ٢/٤٥١ •

(٤) **الامر التعبدي** : ماكلفنا الله به ، ولم ندرك الحكمة منه ، ولم نطلع على السر فيه ، ولكن قصرت عن ادراكه عقولنا . مع جزمنا بأن الله منزه عن العبث ، وان له في كل مخلوق حكمة ، وهو العليم الحكيم •

لو كانت شخصية الزوجين او احدهما وضيعة ، وحتى لو كانت العلاقة بينهما ليست بالشكل الكريم .

ولاجل هذا جعل الله العدة شريعة يتعبد بها ، اذا انتهت الرابطة الزوجية بموت الزوج ، او طلاقه ، حتى لو كانت الزوجة أيسة من الحيض والحمل بصغر سنه ، او كبره ، او مهجورة بعيدة عن زوجها سنين عديدة ، بحيث انتفى احتمال حملها منه . فالعدة عبادة لازمة في كل هذه الصور .

فعدة المطلقة التي يئست من الحيض بصغر السن أو كبره ، ثلاثة اشهر . واما المطلقة الحامل فعدتها ان تضع حملها . وذلك لقوله تعالى : « واللائي يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ، واللائي لم يحضن ، واولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من امره يسرا » (١) .

وأما عدة المطلقة سوى ماتقدم (من الايسة بصغر او كبر ، والحامل) فهي ان تتربص ثلاثة اقراء . « والقرء : الطهر بين الحيضتين ، وقيل هو الحيض » لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في ارحامهن . ان كن يؤمن بالله واليوم الاخر . وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا ، ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم » (٢)

اما عدة المتوفى عنها زوجها فاربعة اشهر وعشرة ايام ، مالم تكن حاملا فبوضع الحمل . لقوله سبحانه : « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشرا ، فاذا بلغن اجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير »(٣) .

اذن فالاجراءات القضائية بشأن زوجة المفقود تتسم بالاتي :

آ . انه اجراء معقول المعنى من جهة براءة الرحم فيما يرد فيه احتمال

---

(١) سورة الطلاق الاية ٤ .
(٢) سورة البقرة الاية ٢٢٨ .
(٣) سورة البقرة الاية ٢٣٤ .

وجـود حمـل •

ب • انه اجراء معقول من الجانـب الخلقي ، باعتبار ان عقـد الزواج بالاساس من المواثيق المحتـرمة المغلظة ، فيليق به هذا الاحتياط في الاجـراءات •

ج • ثم ان مافعله عمر رضي الله عنه ، من ضرب المدة لزوجة المفقود اربع سنين وبعد ذلك امرها بأن تعتد اربعة اشهر وعشرا ، وسكوت الصحابة — رضوان الله تعالى عليهم — علـى ذلك يعطيه هـذا الـوزن مـن الدقـة •

والذي اتصوره : ان المسألة ليست امرا تعبديا محضا ، فبالاضافة الـى قياسها على العدة ، وما فيها من ظهور امر التعبد فأن موضوع التفريق علـى المفقود مبني على قاعدة رفع الضرر ، مسورا باجراءات احتياطية •

من المحتمل وقوع اسبابها • من ضرب المدة اربع سنين تتخللها حملة بحث ، وارسال كتب الى الاقاليم التي يظن وجوده فيها ، ثم العدة (اربعة اشهر وعشرة ايام) بعد ذلك • ثم تقدير الطلاق التلقائي بعد ذلك ، وتحقـق وقوعه بدخول الزوج الثاني بها(١) •

واما اشتراط التوقيت من قبل القاضي فهـو شرط اساسي ، لا يمكن التهاون به • لان التطليق على المفقود لايتم الا بمن له ولاية شرعية في رفـع الضرر ، وانصاف المظلوم ، وهو القاضي المنصوب من قبل ذي الولاية العامة (ولي الامر) لان ضرب المدة عند الخصومات ، والرفع الـى القضاء ، انما تعتبر بعد ثبوت كل ذلك لدى القضاء •

اذن : فلا عبرة بمضي السنين على زوجة المفقود قبل الترافع الى القضاء • خلافا لشيخ الاسلام ابن تيمية حيث صحح عدم اشتراط مراجعة الحاكم •

---

(١) حاشية العدوى بهامش الخرشي ٤/١٥٠ •

ففي المسألة ــ اضافة الى شبهة التعبد ــ وجوه من الدقة والحيطة (١) •

متى تبدأ الاربع سنين ؟

وقد تعددت وجهات النظر عند الفقهاء ، في تحديد بدء الاربع سنين ، الى ثلاثة آراء : فقيل : تبدأ من يوم فقد المفقود(٢) ، وقيل : من يوم الرفع الى القاضي ، وقيل : من يوم العجز عن الوقوف عن خبره (٣) • وقد رجح اكثر المالكية : ان ابتداء المدة من حين ينقطع خبره ، وييأس منه لاكثر من سبب :

١ • ان هذا القول اقرب الى اليقين ، والاحتياط • لانه الظاهر في موته • فكان ابتداء المدة منه ، كما لو شهد به شاهدان (٤) •

٢ • لابد للقاضي من اثبات زوجية المرأة من المفقود ، وانه مفقود بالفعل ، وانها لاتزال في عصمته لم تطلق • ويوم الرفع لاعلم للقضاء بهذه الامور • بل ان القاضي لاينظر في الطلب الا بعد التحقيق ، وتثبيت الزوجية ، وبقاءها ، وحقيقة حال الزوج ، انه مفقود حقيقة •

بينما رجح الامام الموفق ابو اسحاق رحمه الله تعالى : ان ابتداء المدة من حين يأمرها الحاكم بالتربص ، وعلله ووصفه بانه الاظهر • لان هذه المدة ثبتت بالاجتهاد ، فافتقرت الى حكم الحاكم(٥) •

والذي يظهر لي ــ والله اعلم ــ ان هذا القول ادق :

حيث انه لاحظ اكثر من ناحية :

---

(١) مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ٤٠١ ــ ٤٠٣ ، الفتاوى الكبرى ٥٨٨/٢ •

(٢) الانصاف ٣٣٦/٧ •

(٣) المدونة ٤٥٠/٢ ، الشرح الكبير ٤٧٩/٢ ، المغنى ٩٨/٨ ، المهذب ١٤٦/٢ •

(٤) المغنى ٩٨/٨ ، المدونة ٤٥٠/٢ ، الشرح الكبير ٤٧٩/٢ •

(٥) المهذب ١٤٦/٢ •

فهو لم يعتبرها من يوم الرفع • لان تحقيق الزوجية ، وبقاءها ، ومفقودية الزوج لم يستكمل بعـد •

ولم يعتبرها من يوم العجز عن خبره • فقد تمضي مدة طويلة ، تتضرر المرأة باستئناف التأجيل اربع سنين بعـدها •

اذن فحيث استكمل القضاء التحقيق امرها بالانتظار اربع سنين ، وبعدها تعتد ، وبهذا الرأى اخذ قانون رعاية القاصرين في العراق ، رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ فقد جاء في المادة ـ ٨٧ ـ « يتم الاعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة ، ويقوم قرار وزير الدفاع ، او وزير الداخلية مقام قرار المحكمة ، بالنسبة الى افراد القوات المسلحة وقوى الامن الداخلي ، ويلغى الاعلان اذا ظهر دليل على حياة المفقـود » •

ومعلوم ان الاعلان لايتم الا بعد تمام التحقيق فيما يتعلـق بالمفقود • ويوضح هذا ، ان المادة ـ ٩٣ ـ بينـت الحالات التي تسـوغ للمحكمة ان تحكم بموت المفقود ، وهي :

« المادة ـ ٩٣ ـ للمحكمة ان تحكم بموت المفقود في احدى الحالات الاتيـة :ـ

اولا ـ اذا قام دليل قاطـع على وفاتـه •

ثانيا ـ اذا مرت اربع سنوات على اعلان فقده •

ثالثا ـ اذا فقد في ظروف يغلب بها افتراض هلاكه ، ومرت سنتان على اعـلان فقـده » •

فالفقرة : ثانيا ـ اعتبرت مرور اربع سنوات على اعلان فقده ، لا على العجز عن خبـره ، فأنه قـد يطول •

نمـوذج من التطبيـق القضائي في العـراق

فقد جاء في قرار محكمة التمييـز في العراق • رقـم الاضبارة ٨٢٤ / شخصية ٨٣/٨٤ تسلسل ٨٥٤ في ١٩٨٣/١١/٥ تصديق قرار وفاة المفقود ،

الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في بغداد / الرصافة ، بعد الاعلان عن فقده ، في صحيفتين يوميتين محليتين • ونظرا لمضي المدة القانونية على فقدانه ، اصدرت قرار وفاته في ١٥/١٠/١٩٨٣ ، واعتبار يوم صدور هذا الحكم تاريخا لوفاته • وان تقسم تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم •• وان تعتد زوجته عدة الوفاة ، اربعة اشهر وعشرة ايام من تاريخ هذا الحكم ، بحيث لايحل لها الزواج ، الا بعد انتهاء عدتها بالوجه الشرعي ، علما بأن هذه المحكمة (الشرعية في الرصافة) ردت نفس هذه الدعوى ، بتاريخ ١٦/١٠/١٩٨٠ لعدم مضي اربع سنين على اعلان فقد المفقود ، وقد صدقت محكمة التميز في ٢٠ جمادى الاولى سنة ١٤٠١هـ الموافق٢٦/٣/١٩٨١ رقم محكمة التميز في ٢٠ جمادى الاولى سنة ١٤٠١ هـ الموافقة ٢٦/٣/١٩٨١ رقم الاضبارة ٢٢٥٤ / شخصية / ١٩٨٠ تسلسل ٢٢٩ •

النوع الثاني ـ المفقود في بلاد الكفر ، في غير حالات الحرب

سبق ان تكلمنا عن المفقود ، في بلاد الاسلام ، في غير حالات الفتن الداخلية وفي غير حالات انتشار الوباء المعدى (وسيأتي بحث هاتين الحالتين) اما الان فنبحث حكم المفقود في بلاد الكفر ، في غير حالات الحرب •

وقد تقدم عندنا ان جمهور الفقهاء القائلين بضرب المدة لزوجة المفقود ارادوا به الذي غاب ، ولم يعرف عنه شيء ، وقيده بعضهم بمفقود ظاهر غيبته الهلاك • كالذي يفقد من بين اهله ليلا ، او نهارا ، او يخرج الى الصلاة فلا يرجع ، او يفقد في صحراء مهلكة ، او ينكسر به مركب فيغرق بعض رفقته •

اما لو انقطع خبره ، وغاب غيبة ظاهرها السلامة ، كسفر السياحة والتجارة ، وطلب العلم ، فلا ينطبق عليه حكم المفقود ، ولايضرب لزوجته الاجل (١) والذين قسموا المفقود الى الاقسام الاربعة الرئيسية هم المالكية (٢) • فانهم فرقوا بين المفقود في بلاد الاسلام ، وبينه في بلاد الكفر ، واعتبروا

---

(١) المغنى ٩٥/٨ ، ٩٦ ، الانصاف ٢٨٨/٩ •
(٢) حاشية الدسوقي ٤٨٣/٢ •

ان المفقود بأرض الاسلام متيسر البحث عنه ، ويتيسر له وصوله الى اهله بنفسه ، او وصول خبره ، بارسال رسول ، او كتاب ٠

بخلاف المفقود في بلاد الكفر ، فانه لايمكن الكشف عنه عند المشركين بسهولة ٠ لانهم اهل غدر ، واهل اسر ، ولا يعطون الاشياء على حقيقتها ، ولا يحملون للمسلم روح المودة ، والاحسان ، ولا يلتزمون بعهد ، ولا يوصفونه بأمانة ٠

يقول الامام الباجي (المتوفى ٤٩٤ هـ) رحمه الله تعالى :

« ان العدو ذو أسر فينقطع خبره (المفقود) مع حياته ، ولذلك من فقد في بلاد الحرب لم يضرب له (اجل المفقود ، ومن فقد في بلاد المسلمين ضرب له اجل المفقود ٠ لان الظاهر ان كل من كان في بلاد المسلمين مطلق الدواعي متمكن من المكاتبة ، والمراسلة ، وتتصل اخباره من بلد مقامه الى بلد اهله ٠ بخلاف من كان في بلاد الحرب) (١) اذن فالمعتمد في مدرسة المالكية : انهم في مفقود ارض الشرك كاصحاب القول الاول ، اى ان زوجته تنتظر مجيئه ، او طلاقه ، او موته بالفعل ، او موت اقرانه ٠ وهو قول الاحناف ، والشافعية في الجديد ، والزيدية ، والامامية ٠ وللامام اشهب من المالكية رأيه المعروف : انه لم يفرق بين من فقد في بلاد الاسلام ، ومن فقد في بلاد الشرك(٢) ٠ والظاهر من كلام فقهاء المالكية ، انهم فرقوا بين مفقود بلاد الاسلام ، وبين مفقود بلاد الشرك بسبب ان الاول ممكن البحث عنه ، وتتوفر الدواعي لمراسلته ، ومكاتبته ، ويمكنه ذلك في بلاد الاسلام ، حيث الحرية وتكريم بني ادم ، عكس مفقود ارض الشرك ، فأنه لايمكن البحث عنه ، ولا يتمكن هو من المراسلة ٠ مع وجود الدواعي ، ولذلك قالوا : وزوجة الاسير ومفقود ارض الشرك للتعمير » (٣) ٠

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٩٣/٤ ٠

(٢) مقدمات ابن رشد بهامش من المدونة ١٦٢/٢ ٠

(٣) وهذه عبارة مختصر سيدى خليل رحمه الله تعالى ، ومرادهم بالتعمير موت اقران الاسير والمفقود الذين يبلغون من العمر مابين السبعين الى الثمانين سنة انظر الشرح الكبير ٤٨٢/٢ ٠

لكن كيف السبيل اذا حصل هذا في بلاد الاسلام ايضا ؟ وما الحكم لو حيل بين المفقود وبين اهله ، ومنعوا من البحث عنه ، حتى في بلاد الاسلام ؟ وهل يبقى مبرر للتفريق بين مفقود ارض الشرك ، ومفقود ارض الاسلام ؟

الجواب : تكون القاعدة الاصولية نافذة المفعول ، عندما تنص : على ان الحكم يدور مع العلة ، وجودا وعدما ٠

اذن فعندما تكون علة التفرقة بين مفقود ارض الاسلام ومفقود ارض الشرك هي : امكانية البحث ، وسهولة المراسلة بين المفقود واهله ، ثم فقدت هذه العلة ، يصبح الحكم واحدا في حق المفقود سواء كان في بلاد الاسلام ام في بلاد الشرك ، ولا يبعد ان تكون عودة مفقود ارض الشرك ارجى ٠

ولذلك : فأن الحنابلة استمروا على مبدئهم ، ولم يفرقوا بينهما ، والشرط عندهم : ان يكون ظاهر غيبته الهلاك ٠

والمالكية وان اخضعوا زوجة مفقود ارض الشرك للتعمير ، فأنهم استثنوا من هذا الحكم من خشيت على نفسها الفتنة ، فأن للقاضي ان يطلقها ، ويفرق بينها وبين المفقود حفظا لكرامتها ، وصيانة لها عن الابتذال ، والضياع ٠ فقد جاء في عبارة ابي البركات سيدى احمد الدردير رحمه الله تعالى قوله : « وبقيت زوجة الاسير ، وزوجة مفقود ارض الشرك للتعمير ، ان دامت نفقتهما ، والا فلهما التطليق ، كما لو خشيتا الزنا » (١) وجاء في تعليقات شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على عبارة الدردير : رحمهما الله تعالى : « قوله : كما لو خشيتا الزنا ٠ فان لهما التطليق ، ولو كانت نفقتهما دائمة » ٠

وينبغي ان يكون ماشك في فقده ، هل بارض الاسلام او الكفر كالمفقود في بلاد الكفر تحقيقا ، احتياطا في زوجته وماله(٢) ٠

---

(١) الشرح الكبير ٤٨٢/٢ ٠

(٢) حاشية الدسوقي بهامش المصدر السابق ٠

ولما ظهر لنا رجحان القول بضرب المدة في مفقود بلاد الاسلام ، نرى سحب الحكم على مفقود ارض الشرك ايضا ، لوجود التعليل الذى حكيناه هناك هنا كذلك ، وهو مذهب الحنابلة ، واشهب من المالكية ، والقول القديم للشافعي ، طالما ان استقاء الحكم في زوجة المفقود كان نابعا من قواعد رفع الضرر ، وان المشقة تجلب التيسير ، وبالله تعالى التوفيق ،

النوع الثالث ـ المفقود في حالات الحرب بقتال الكفار :

واذا فقد الشخص في المعركة بين المسلمين والكفار ، ولم يعثر له على خبر فللفقهاء الذين سبق لهم القول بضرب الاجل للمفقود في بلاد الاسلام اقوال :

آ ، فالحنابلة اشترطوا في هذه الصورة : ان يكون في المعركة ممارسة قتال فعلا ، لامجرد تحشيد قوات ، واستعراض بدون حصول قتلى (١) ،

ب ، وللمالكية في هذا النوع من المفاقيد اربعة اقوال ، ذكرها ابن رشد رحمه الله تعالى في المقدمات (٢) :

الاول ـ حكمه كمفقود ارض الشرك في غير الحرب ، فيصار للتعمير ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، سماع عيسى ،

الثاني ـ حكمه حكم المفقود في الفتن بين المسلمين ، بأن تؤجل زوجته سنة ، بعد انتهاء المعركة ، وسيأتي بحثه ،

الثالث ـ تتربص سنة من يوم الرفع الى الحاكم ، وهو قول ابن رشد رحمه الله ،

الرابع ـ تتربص سنة بعد نظر الحاكم في الدعوى ، والتفتيش عن المفقود ، ولابد من النظر والتفتيش ، قبل ضرب مدة السنة ، وهذا القول هو الذى كان عليه القضاء في الاندلس ، وهو الذى قدمه فقهاء المذهب ،

---

(١) الانصاف ٢٨٨/٩ ،

(٢) مقدمات ابن رشد ١٥٦/٢ ومابعدها ،

كالمواق ، والعدوى ، والدردير ، والدسوقي (١) • رحمهم الله تعالى اجمعين •

وهذا القول مروى عن امام التابعين سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى • فقد روى الامام عبد الرزاق عن الثورى عن داود بن ابي هند عن ابن المسيب قال : « اذا فقد في الصف تربصت (زوجته) سنة ، واذا فقد في غير الصف فاربع سنين » (٢) والذي يظهر لي رجحانه : هو ان زوجة المفقود في قتال الكفار ان راجعت القضاء ، ينظر في موضوعها ، ويتحقق من بقاء زوجيتها في عصمة المفقود ، وصحة فقده ، ثم يفتش عنه بالوسائل الممكنة ، ثم يؤجلها بعد ذلك سنة كاملة ، وتعتد بعد السنة عدة الوفاة ، وتملك نفسها بعد ذلك (٣) • ولابد من ملاحظة ان الكشف عن حال هذا المفقود (في حرب الكفار) قد لايتم الا بمساعدة جهات مختلفة ، كالاتصال بالهيئات الدولية ، والجمعيات الطبية ، وشبهها • للوقوف على حقيقة الامر ، والاطلاع على طبيعة المعاملة التي تمارسها الدولة المحاربة مع الجرحى ، والاسرى ، من الاحسان اليهم ، أو العكس ، مما قد يصل الى درجة القتل كما يفعله البعض

النوع الرابع — المفقود في الفتن بين المسلمين :

المراد بهذا النوع من فقد في الحرب الداخلية بين المسلمين مع بعضهم ، وقد خص بعض الفقهاء زوجة هذا المفقود بما يختلف عن النوع الاول •

واشترطوا ان يثبت بالبينة حضوره المعركة فعلا ، ولا يكفي انه خرج مع الجيش •

فاذا اثبتت البينة العادلة : ان المفقود شهد المعركة وساهم بالفعل ، ثم فقد ، فان زوجته تعتد عدة الوفاة بأذن من القاضي ، بعد انتهاء القتال ،

---

(١) التاج والاكليل ١٦١/٤ حاشية العدوى على الخرشي ١٥٥/٤ والشرح الكبير ٤٨٣/٢ •

(٢) المصنف ٨٩/٧ ، وفتح البارى ٣٨٠/٩ ، والمحلى ١٣٨/١٠ •

(٣) شرح الخرشي مع العدوى ١٥٥/٤ •

وانفصال الصفين ، ويحمل امر المفقود في هذا القتال على الموت (١) ٠

متى تبدأ عدتها ؟

ولما كان المالكية هم القائلين : بأن زوجة المفقود في قتال الفتن بين المسلمين مع بعضهم تعتد للوفاة بعد انفصال الصفين ، فانهم فسروا ذلك بتفسيرين ، لما روى ابن القاسم عن مالك : أنها من يوم التقاء الصفين (٢) ٠ فقد فسر : بأن المراد من يوم اخر التقاء للصفين ، وهو يوم الانفصال ٠ من غير انتظار ، طالما انتهت المعركة ، وانفصل المقاتلون عن بعضهم ، ولم يعد ، ولم يعثر عليه ، بعد ان شهد العدول بحضوره المعركة ومشاركته فيها ٠

والتفسير الثاني : ان ينتظر مدة يجتهد فيها القاضي بقدر مايستقصى امره ٠ ويتبين خبره ٠ وهو الرأى الراجح ٠

فاذا كان ميدان المعركة بعيدا عن محل الزوجة ، ومحل اقامة الدعوى ، فينتظر بقدر ما يناسب ذلك ٠ بخلاف ماذا كان قريبا ، والاخبار يسهل استبيانها(٣) ٠

ولا شك ان الانتظار ، وعدم التسرع باصدار قرار الوفاة اكثر سدادا ، وحيطة ٠ فقد يكون الجو من الضوضاء ـ خصوصا في الفتن الداخلية ـ بحال لايستطيع المساهم في القتال ان يعلن عن نفسه ، بل يرى في اختفائه السلامة ٠ الى ان يغلب على ظنه رجحان تواجده عند اهله ٠

فلو رفعت زوجة هذا المفقود امرها الى القضاء في تلك الفترة ، ثم صدر قرار المحكمة بوفاته ـ لكان في ذلك ما فيه من التسرع الذى يجلب ضغينة الزوج ٠ لان مبادرتها السريعة بطلب صدور القرار دليل هوان زوجها في نظرها(٤) ٠

ولم تحدد مدة الانتظار هذه ، بل هي متروكة الى رأى القاضي ،

---

(١) شرح الخرشي ١٥٤/٤ ، والشرح الكبير ٤٨٣/٢ ٠

(٢) شرح الخرشي ١٥٤/٤ ٠

(٣) المصدر السابق ٠

(٤) مدى حرية الزوجين في التفريق ٤١٣ ٠

وحصافة نظره • اذ ينظر كل حالــة بما يناسبها ، مما يصــل به الى الاجراء الدقيق ، والقــرار المناسب •

فقد يرى السنة قليلة اذا قوى احتمال حياة هذا المفقود ، واختفائه • وقد يرى انتظار الشهر كثيرا ، حينما تؤكد القرائن موته فور اشتعال نــار الحرب ، ولكل حالة مايناسبها ، في نظر ثاقب النظر •

وهنا مسألة جديرة بالملاحظة ، هي ان قول فقهائنا رحمهم الله تعالى : بعد انفصال الصفين ـ انما يصف بعض صور الحرب ، والمعارك القديمــة ، او النادرة ، والمهم تحديد معنى انفصال الصفين • ذلك ان الحرب لها صور عديدة منهــا :

١ • التقاء الصفين ، والالتحام احيانا بالاشتبــاك عن قرب ، حين تتعطــل السهام والقذائف وتستعمل الحراب ، ونحوها فتكون المقاومة بالسلاح الابيض • وفي هذه الصورة لايدوم القتال ، ولا يطول زمانه ، بــل الانفصال بين الصفين وشيك الوقوع •

فأذا انفصل الصفان ، وعرف القتلى ، واخلي الجرحى ، وعلم الاسرى ، بقي المفقودون فينظر في امرهم بعد انفصال الصفين •

٢ • ومن الصور : تحشد كل فئة في جهة ، ومشاغلة بعضهم البعض بالرمي ، وتحين كل فئة غفلة الاخرى ، ومنعها من التجمع ، والتنقل •

وقد يطول زمن هذه الصورة ، وقد يكثر القتل نتيجة الرمي المكثف ، والقنص ، ولكن يندر الفقد •

٣ • ومنها : حصول الغفلــة او الضعف في طرف ما فيشــن الطرف الثاني هجوما وتشتبك القوتان وقد يكون حاسما لصالــح اي من الطرفين ، وقد يصد ، فتهدأ الجبهة ، وتعود الحرب حرب مشاغلة ، ولم يحصل انفصال الصفين بالمعنى الذى كان معروفا • لان مباغتة الطيران وسرعة وصول القذائف ، وبعد مــداها ، وسرعة حركــة القطعات حديثا ـ لاتسمح بانفصال الصفين المتقدم ، المتمثل بعــودة المقاتلين ، بل يعود الوضع الى ماكان عليه من تحشد كل فريق في مواضعه ، وترجع حرب

مشاغلة كما بدأت ... وقد يطول مدى هذا النوع من الحروب .
فأين هو انفصال الصفين ؟

فهل نقول : ليس هناك انفصال حتى تضع الحرب اوزارها ، ويعود
ون الى مساكنهم ؟

وربما يطول ذلك ، وزوجة المفقود شابة ترقب الاخبار بقلق ، وقد
ى على فقدها لزوجها اكثر من هجوم تلاه وجوم ، فهجوم وهكذا .

والشابة التي الفت الحياة الزوجية تتجرع كؤوسا من مرارة الاحزان ،
والانتظار والوحشة ، والاضطراب ، وكبت الغريزة .

ام اننا نعتبر ان انفصال الصفين هو مابعد الهجوم الذي حصل فيه
اشتباك بين المقاتلين واقتياد بعضهم من البعض ، وعاد كل فريق الى موضعه
باستثناء المفقود ؟

ولما كانت علة التفريق بين المفقود وزوجته هي رفع الضرر عن الزوجة
فالانسب هو الاخذ بالاعتبار الثاني .

لان الاخذ بالاول ــ وهو ان انفصال الصفين لايحصل الا بانتهاء
الحرب ــ يثبت الضرر ويزيده ، ولا يرفعه . خصوصا وأن الحرب الحدودية
يحتمل ان يطول امدها ، وفي ذلك اضرار بالغ بالمرأة ، وحرج قل ان يطاق ،
والله سبحانه نفى الحرج عن شريعة الاسلام فقال عز وجل من قائل :

« ماكان على النبي من حرج فيما فرض الله له سنة الله في الذين خلوا
من قبل وكان امر الله قدرا مقدورا » (١) وقال سبحانه :

« وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين
من حرج »(٢) لذلك : فالذى اتصوره اقرب الى تحقيق روح اليسر ــ الذى
اشارت اليه أيات القرآن ــ ورفع الضرر عن المتضرر ، هو ان نعتبر كل
هجوم بالمعنى المتقدم عملية مستقلة ، ويحصل انفصال الصفين بعودة القوات

---

(١) سورة الاحزاب الاية /٣٨ .
(٢) سورة الحج الاية /٧٨ .

الى مواضعها .

فالمفقود اثناء الهجوم ـ ولم يعثر عليه في القتلى ، ولا في الجرحى ، ولا عرف أنه من الاسرى بعد التأكد من اسمائهم في قوائم الفئة التي اسرتهم ، وقد اشترك في المعركة فعلا ـ اذا عادت القوات الى مواضعها ، ولم يعرف خبره هو الذى ينظر القاضي في امره على اساس انه انفصل الصفان .

« لان حصول الضرر للزوجة مقتض لفسخ عقد الزواج بكل حال ، سواء بقصد من الزوج ام بغير قصد . وعلى هذا فالقول في امرأة الاسير والمحبوس ، ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به اذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود »(١) .

ملحق بهذا النوع المفقود في زمان انتشار الوباء :

وقد الحق فقهاء المدرسة المالكية بهذا النوع (المفقود في المعركة بين المسلمين بعضهم مع بعض) من فقد في زمن انتشار الوباء القاتل المعدى ، او المسافر الى بلد انتشر فيه ذلك الوباء .

فأن زوجته ترفع امرها الى القضاء ، وبعد التحقيق في الدعوى ، وتثبيت المطلوب ـ تعتد زوجته بعد ذهاب ذلك الوباء ، على اعتبار ان موته غالب ، بعد ان يذهب ذلك الوباء ، ولم تبق له آثار ، من الاصابة به .

والى هذا ذهب فقهاء المالكية(٢) .

اما الحنابلة فيعتبرون المفقود في زمن انتشار الوباء ، والمسافر الى بلد حصل فيه الوباء القاتل المعدى ـ مفقودا ظاهر غيبته الهلاك ، وحكمه ماتقدم . من ان القاضي يتحقق من طلب زوجته ثم يضرب لها مدة التربص ـ اربع سنين ـ ثم تعتد بعدها ، وتملك امر نفسها . وهذا النوع من الفقد ربما كان يقع بكثرة ، في العصور السابقة لاكثر من سبب ، واهم ذلك :

---

(١) الفتاوى الكبرى . لابن تيمية ٥٦٢/٤ ، ٥٦٣ .
(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي ٤٨٣/٢ ، شرح الخرشي ١٥٤/٤ .

١ . عدم التوصل الى اكتشاف كثير من الامراض ، واسباب انتشارها .

٢ . عدم التوصل الى معرفة الدواء الناجح ، لكثير منها .

٣ . عدم اتخاذ الاجراءات الوقائية في كثير من الحالات .

٤ . عدم الالتزام بالنظام لدى بعض الناس ، في تطبيق الحجر الصحي المأمور به من قبل الشريعة الغراء .

فقد جاء في الحديث الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا سمعتم بالطاعون بأرض فلا تدخلوها ، واذا وقع بارض ، وانتم بها فلا تخرجوا منها »(١) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يورد ممرض على مصح »(٢) .

وهذه ابسط وجوه الوقاية ، وربما مع بساطتها في غاية الاهمية ، عندما يتوفر الالتزام بتطبيقها .

اما الان فهناك اجراءات كثيرة جعلها الله تعالى سببا في تضييق نطاق انتشار الوباء ، ان حصل ، ومن تلك الاجراءات :

١ . حمل الناس على الوقاية ، والتداوى بما يجعل عند الانسان مناعة من علوق ذلك الوباء به . فتهب حملات التلقيح ، ضد ماينتشر من الامراض . كالجدرى ، والطاعون ، والجدام ، وشبهها . قبل ظهور الوباء ، وربما عند ولادة المولود يتم تلقيحه ضد مثل هذه الاوبئة .

٢ . ومنها منع السفر من المناطق الموبؤة واليها ، وحجر المتفلت من الالتزام بالنظام ، وتطبيق الحجر الصحي الذي قررته الشريعة ، كما مر في الحديث المتقدم .

٣ . ومنها الزام المسافر بما ينفى الجهالة عنه ، في حالة اصابته ، فيستعان بهويته ، وجواز سفره ، على معرفة اسمه ، وصفته ، ووطنه ، ومحل

---

(١) انظر مختصر صحيح مسلم رقم الحديث ١٤٨٥ .

(٢) المصدر السابق رقم الحديث ١٤٨٧ .

ولادته وسكناه • فلا يعود امره مجهولا ، حيا كان او ميتا •

ومعظم هذه الاجراءات قديما لم تتوفر ، فيفقد الشخص زمن الوباء فلئلا يغلق الباب في وجه زوجته ، كان في التشريع مايدفع عنها الضرر • خاصة وان الله تعالى يقول : « وما جعل عليكم في الدين من حرج »(1) •

مطلب ـ زوجة غائب ليس بمفقود :

ماتقدم في هذا الفصل احكام تخص المفقود •

وعندما تتأمل تعريف المفقود نجد فيه ضوابط معينة اذا انعدمت ، او بعضها ، لاتطبق تلك الاحكام عليه ، ولا يسمى مفقودا اصلا •

فالمفقود : غائب انقطع خبره ، لايدرى موته ، ولا حياته ، ويمكن الكشف عنه •

فالضوابط اذن : (1) غياب ، (2) انقطاع خبر ، (3) امكان الكشف عنه • وبملاحظة كل قيد من هذه القيود ، او الضوابط نجدها شروطا لتطبيق احكام المفقود • ويلزم تحققها مجتمعة :

فلابد من غيبة ، ولابد من انقطاع خبر ، ولابد من امكان الكشف عنه • فلو غاب شخص ولم ينقطع خبره ، وعلمنا مكانه ، وحياته ـ فهو غائب وليس بمفقود • فكل مفقود غائب ، ولا عكس •

فالاسير المعلوم المكان والحياة ، لايسمى مفقودا ، ولا تطبق عليه احكامه • فماله لايورث قطعا ، وزوجته لاتتزوج الا في حالات استثنائية : كأن لايترك لها نفقة ، او كانت تملك امر نفسها ، او تخشى على نفسها الزنا(2) •

والشخص المقيم في بلد غير بلد زوجته ، معلوم وتصله الرسائل ـ

---

(1) سورة الحج /78 •

(2) الشرح الكبير 483/2 ، نيل المارب 53/2 ، مصنف عبد الرزاق 10/7 ـ 12 وكذا صحيح مسلم باب الشروط في النكاح ، مواهب الجليل 161/4 •

لايسمى مفقودا ولاتجرى عليه احكــام المفقود .

واما قيد : امكان الكشف عنه ــ فأنه يخرج المحبوس الذي لايستطاع الكشف عنه فانه لايســمى مفقودا .

لان المفقود يبحث عنه ، ويمكن الكشف ، بخلاف بعض المحبوسين . لذلك لايحكم بموته ، ولا تقسم امواله ، ولا يفرق بينه وبين زوجته الا فـي بعض الحالات الاستثنائية التي تلحق بها ضررا بليغا .

اذن عندنا غائب معلوم المكان ، يصل خبره فهو ليس بمفقود ، وهـو الذى غاب عن زوجته ، وترك لها نفقة ، وطال بقاؤه في مهاجره ، سواء كان لطلب علم ، او مزاولة تجارة ، او رغبة في السياحة .

فأن رضيت زوجته بما حصل ، وسكتت فهي زوجته ، مالم تعلم طلاقه او وفاته . واما ان لم تصبر على ماصابها ، فللفقهاء في مسألتها قولان :

القول : انها تصبر على البلوى ، على غـرار ماتقدم في المفقود عنـه اصحاب هذا القـول . طالما ترك لها نفقـة ، وليس لها عليـه شرط الاقامه معهــا (1) .

وهو قول الحنفية والزيدية والامامية .

والقول الثاني : لها طلب التفريق اذا ادعت الضرر ، بشروط معينـة . وهو قول المالكية والحنابلة ، وبقولهم اخذ القانون العراقي رقم ١٨٨ لسنة ٥٩ المعدل . فقد جاء في المادة ــ الثالثة والاربعين : وباكثر من فقـره مايدل علـى هـذا :

اولا ــ للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية :

١ . اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ، ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

٢ . اذا امتنع الزوج عن الاتفاق عليها دون عذر مشروع ، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما .

---

(1) راجع نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٢/٥٣ .

٣ • اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه ، او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة •

اما الشرط الذي لابد من تحققه ، عند من يرى التفريق على الغائب فهو :

١ • طول المدة التي يتحقق بها تضرر الزوجة • فلا يلبى طلبها بالمدة اليسيرة جدا • وقدرت بسنة ، على رأى بعض الفقهاء ، وبأكثر عند البعض الاخر • والصحيح إن تقديرها راجع الى اجتهاد القاضي ، ونظره • فحيث اعتقد تعنت الزوج من خلال مكاتباته عجل الطلاق عليه • وحيث فهم من مكاتبته انه منشغل بمهمة وطلب الامهال امهله ، وعندئذ قد لايرى السنتين كثيرة •

٢ • المكاتبة : اى من الشروط ان يكاتبه القاضي ، ولا يجوز التطليق على الغائب معلوم المكان دون مفاتحته وسماع حجته • بل لابد ان يدعوه القاضي الى مجلس القضاء •

فأذا قدم الغائب ، او استدعى زوجته اليه فذهبت ، او طلقها من نفسه ـ فلا كلام في كل هذه الاحوال ، وانتهت المشكلة • لكن ان امتنع الغائب المعلوم المكان عن هذه الامور كلها ، وطالت المدة طلق عليه القاضي لتعنته ، وسبق اصراره على اذيتها (١) •

فقد كتب عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى لقوم غابوا بخراسان : اما ان يقدموا او يرحلوا نساءهم اليهم ، او يطلقوا (٢) •

قال الامام اصبغ : فان لم يطلقوا طلق عليهم ، الا ان ترضى الزوجة بذلك (٣) • اما اذا رفعت امرها الى القضاء شاكية حالها وما اصابها من ضرر غيبته فأن القاضي ينظر في دعواها ـ وان ترك ماتنفقه ـ فيكتب آليه ويطالبه بأن يقدم اليها ، ويعاشرها بالمعروف ، او يسافر بها الى محل اقامته ، والا

---

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤/٩٤ •

(٢) شرح الخرشي ٤/٩٤ •

(٣) شرح الخرشي السابق •

طلب منه تطليقها • لئلا تبقى متضررة بهـذه الحالة •

فأن امتنع عن كل هذه الخصال طلقها القاضي ، ولا سبيل له عليها(١) •

والمروى عن احمد بن حنبل رحمه الله تعالى : ان الغائب المعلوم المكان ان لم يكن له عذر يمنعه من الرجوع يمهل ستة اشهر • يكتب اليه القاضي : فأن ابى ان يرجع فرق الحاكـم بينهما •

« وانما صار الى تقديره بهذا لحديث عمر رضي الله عنه ، رواه ابـو حفص باسناده عن زيد بن اسلم قال بينما عمر بن الخطـاب يحرس المدينة ، فمر بأمرأة (وهو يطوف سمع امـرأة) في بينها ، وهي تقول شعـرا يصور ضررهـــا : »

تطاول هذا الليل واخضل جانبـه وارقني اذ لا خليـــل الاعبـه
فلولا حـذار اللـه لا شيء مثله لزعزع من هذا السرير جوانبه(٢)

فسأل عنهـا ، فقيـل له :

هذه فلانة ، وزوجها غائب في سبيـل الله ، فارسل اليـها امرأة تكون معها ـ لتذهب وحشتها ، وتزيدها سكونا ـ وبعث الى زوجها فاقفله • ثـم دخل على حفصة ـ ام المؤمنين ، بنت عمر بـن الخطاب رضي الله تعالـى عنهما ـ فقال : يابنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالـت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ فقال : لولا اني اريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت : خمسة اشهر ، ستة اشهر •

فوقت للناس في مغازيهم ستة اشهر • يسيرون شهرا ، ويقيمون اربعة ويسيرون شهرا راجعين(٣) •

وسبب سؤال عمر رضي الله تعالى عنهما بنته ، هو انها زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وازواج الرسول اعلم النساء بهذه الشؤون بما

---

(١) حاشية الدسوقي ٤٣١/٢ •

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٥١/٧ ، والمغنى ٢٣٥/٧ ، وبين المصدرين بعض اختلاف في بعض الفاظ بيتي الشعـر •

(٣) المغنـى ٢٣٥/٧ •

يحفظن من الرسول صلى الله عليه وسلم ، من التشريع الذي يخص الأسرة والمرأة ، وقابليتها .

ولذلك تضايقت حفصة من السؤال ، لانه سؤال خاص صادر من ابيها اليها . فعجبت وخجلت ، وقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ هذا ما يخص الغائب المعلوم مكانه ، عند الحنابلة . ولم اعثر على اثر عن الامام احمد ، فيما اذا لم يعلم ولم يراسل(1) .

والذي يبدو رجحانه في هذا المقام : الحاق الغائب المجهول المكان بمعلومه اذا تضررت المرأة . وهو ما ذهب اليه المالكية .

وتضرر الزوجة هنا له صورتان :

الصورة الاولى ــ التضرر العام :

كأن تكون الزوجة في بلد ليس فيه معها الا زوجها . فاذا غاب ، ولم تجد من تأنس به في المنزل الذي تأوى اليه ــ كان ذلك اضرارا بها . وهذا الضرر غير محصور في كون الزوجة شابة ، أو كبيرة السن ، بل هو عام لانه وحشة محزنة .

الصورة الثانية ــ التضرر الخاص :

وهو ان تفقد الزوجة زوجها ، وتتضرر بذلك ، حتى تخشى على نفسها الفتنة . فقد تجد من يأوى الى البيت من اهلها ، ولكن دواعي الفطرة لديها شاغرة ، فلم يحصل سكونها النفسي .

فينبغي الا تتعرض للفتنة ، ولا يهمل أمر غياب زوجها بلا معالجة(2) .

ويقبل قول الزوجة بيمينها في ادعاء الضرر ، والتعرض للفتنة فيما تقدم ، في الغائب والمفقود ، والاسير . لانها من الامور التي لا تعلم الا من جهتها ، وهي مصدقة فيما يخصها ، مما يجرى بين الزوجين(3) .

---

(1) الاقناع : ٣/٢٤١ .
(2) مدى حرية الزوجين في التفريق ٤١٩ ، ٤٢٠ .
(3) حاشية العدوى ٤/٩٤ .

البحث الثالث ـ عودة المفقود

عرفنا الاجراءات التي تتخذ بخصوص المفقود ، في زوجته ، وتبين لنا بعد استعراض الادلة رجحان القول : بان زوجة المفقود لها الحق بالمطالبة بالتفريق ، وفسخ عقد الزواج ، اذا ثبت للقضاء انها اصيبت بضرر ، سواء كان الضرر بسبب عدم النفقة ، أم لصعوبة بقائها بغير زوج •

فاذا راجعت المحكمة ، وتم الاجراء الذي يسمح لها بعده بالزواج ثانية ، ثم عاد المفقود ـ فهناك اربع صور :

الصورة الاولى ـ

اذا صدر الحكم القضائي بوفاة المفقود بعد اربع سنين من اقامة الدعوى وافهمت الزوجة من قبل المحكمة : بان تلزم عدة المتوفى عنها زوجها ، وهي اربعة اشهر وعشرة ايام ، وقبل انتهاء العدة عاد المفقود ـ فهي زوجته ، عند عامة العلماء(1) •

لان قرار الحكم متضمن معنى الطلاق ، والوفاة معا زيادة في الاحتياط وصيانة له عن النقض • فعودة المفقود في اثناء العدة بمثابة مراجعة المطلقة في عدتها(2) •

الصورة الثانية ـ

اما اذا انتهت عدتها (اربعة اشهر وعشر) بعد الاربع سنين ، ثم عاد المفقود ، فهي زوجته ايضا عند جمهور العلماء ، لانهم اعتبروا نفوذ القضاء ظاهرا فقط ، فاذا عاد المفقود نقض •

وقال الامام ربيعة بن ابي عبدالرحمن شيخ مالك : حيث انتهت عدتها فلا سبيل للمفقود عليها ، فهو كأحد الخطاب ، يمكن ان يخطبها فترفض ،

---

(1) بدائع الصنائع ٣٨٥٥/٨ ، المهذب ١٤٦/٢ ، الخرشي والعدوى ١٥١/٤ ، المغنى ٩٨/٨ ، الانصاف ٢٩١/٩ ، روضة العاملي ١٥٨/٢ •

(2) الشرح الكبير مع الدسوقي ٤٨٠/٢ •

أو تجيب • لانه اعتبر نفوذ القضاء ظاهرا ، وباطنا(١) •

وهو قول ابي الخطاب من الحنابلة(٢) ، والاسنوى من الشافعية(٣)، الراجح عند الامامية عندما لا تجد زوجة المفقود نفقة لا منه ، ولا من غيره(٤) •

الصورة الثالثة —

بعدما انتهت العدة تزوجت (تم العقد) وقبل الدخول عاد المفقود ، فكالصورة التي قبلها ، فيها القولان :

أ — انها زوجة المفقود العائد ، وهو قول جمهور العلماء •

ب — انها زوجة الثاني ، وهو قول من قال بنفوذ القضاء ظاهرا وباطنا، هي رواية عن عمر بن الخطاب رواها عنه مالك(٥) ، كما انها رواية عن لك ايضا • ففي الموطأ : « قال مالك : وان تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها ، فلا سبيل لزوجها الاول اليها ، قال مالك : وذلك الامر عندنا »(٦) •

الصورة الرابعة —

ان يحصل الدخول بعد العقد ثم يعود المفقود •

اي ان انتهت مدة التربص (اربع سنين) وامرها القاضي بالعدة للوفاة التقديرية (اربعة اشهر وعشرة ايام) ، وبعد انتهاء العدة خطبت ، وعقد عليها ، ودخل بها الثاني غير عالم بحياة المفقود ، أو بقاء عدتها منه •

ثم عاد المفقود ، فللفقهاء في مثل هذه الصورة اربعة اقوال :

---

(١) المحلى ١٣٨/١٠ ، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٨٧/٤ •
(٢) الانصاف ٢٩٠/٩ ، والمغنى ١٠٢/٨ •
(٣) تحفة المحتاج ٢٥٤/٨ •
(٤) شرائع الاسلام ٣٩/٣ ، الروضة البهية ١٥٨/٢ •
(٥) المدونة الكبرى ٤٥١/٢ •
(٦) المنتقى على الموطأ ٩٣/٤ •

القول الاول :

انها زوجة الثاني ، وهو القول المعتمد عند المالكية ، وهو رواية عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه . ففي المدونة : « بعد ما دخل بها الاخر فهي زوجة الاخر ، ولا يفرق بينهما ، لانه استحق الفرج بعد الاعذار من السلطان ، وضرب المدد »(١) .

وهو قول جماعة من الحنابلة ، كأبي الخطاب ، وابي طالب ، وابن تيمية رحمهم الله تعالى(٢) . على ان ابن تيمية مع قوله بانها زوجة الثاني ظاهرا او باطنا ، قال اذا قدم المفقود يخير .

القول الثاني :

انها زوجة المفقود العائد مطلقا . وهو قول من لا يرى ضرب المدة لزوجة المفقود ، ولا التفريق بينهما . وتقدم الكلام عن رأيهم .

القول الثالث :

ان يخير المفقود العائد ، فان اختارها فهي زوجته ، والا فهي زوجة الثاني . وهو قول جمهور الحنابلة ، والرواية الراجحة عن الامام احمد رحمه الله تعالى . وبذلك قضي عمر ، وعثمان ، وعلي ، وابن الزبير ، رضي الله عنهم(٣) . وقد ثبت ان عمر خير المفقود العائد : ان شاء امرأته ، وان شاء الصداق ، فاختار الصداق وقال : قد حبلت لا حاجة لي فيها ، قال الامام احمد : يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف في الصحابة له مخالف »(٤) كما ثبت التخيير عن عثمان ، وعلي رضي الله تعالى عنهما ايضا ، وقضيا به(٥) .

(١) المدونة الكبرى ٢/٤٥٠ .
(٢) الانصاف ٩/٢٩١ ، ٢٩٢ ، المغنى ٨/٩٩ والفتاوى الكبرى للامام ابن تيمية .
(٣) المغنى ٨/٩٧ .
(٤) المغنى ٨/٩٧ ، ١٠٤ .
تيمية ٤/٥٨٧ .
(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٤٤٧ .

القول الـرابع :

ان تخير المرأة ، فان اختارت الزوج الثاني أقرت عنده وإن اختارت الاول (المفقود العائد) فرق بينهما وبين الثاني ، ويجب ان يعتز لها المفقود العائد الذي إختارته ، مدة العدة •

وهذا قول لبعض الحنابلة ، نقله صاحب الانصاف ، حيث قال :

وجعل في الروضة التخيير المذكور اليها ، فأيهما اختارتـه ردت على الاخر ما أخذته منـه »(١) والذي اتصور رجحانـه من هذه الاقوال هـو الاول ، القائل : بانها زوجة الثاني ، بعد دخوله بها غير عالم بحياة المفقود ، أو حصول العقد في اثناء عدتها منه • وذلك لاكثر من مرجح :

١ ـ ان الشريعة الاسلامية جعلت للقاضي ولاية رفع الضرر ، فخولتـه في التصرف على الغير لازالة الضرر ، سواء كان حاضرا ، أم غائبا •

فقد خولت القاضي ان يبيـع اموال المدين ـ اذا امتنع عن بيعهـا من نفسه ـ ويقسمها على الدائنين •

كما ان له حق الحجز على المبذر لماله ، اذا اساء استعماله •

كما ان له صلاحية في ان يوقف المولي من زوجتـه ، فيأمره بأحـد امرين :

المعاشرة بالمعروف ، بعودة الحياة الزوجية طبيعية من غير مضارة ، أو التطليق فان امتنع عن الامرين ، طلق القاضي زوجته عليه •

وحين ثبوت تضرر زوجة المفقود فان الشريعة اعطت القاضي صلاحية اتخاذ الاجراءات المشروعة : بضرب مدة التربص (الربع سنين) والكشف عن حال المفقود خلالها ، بارسال الكتب التي تبين اسمه وصفته ، الى البلاد التي يظن وجوده فيها ، ثم اصدار قرار التفريق بينها وبين المفقـود ، مع

---

(١) الانصاف ٩/٢٩٢ •

قطع النظر عن حقيقة حال المفقود في نفس الامر ، ثم الزامها بالعـدة زيادة في الحيطة •

٢ ـ ان قرار القضاء ، المستند الى حكم شرعي ، بممارسة قاض بذل وسعه فاجتهد فحكم يعتبر حكما مشروعا ، وينفذ في الظاهر باتفاق العلماء •

وعند فريق من الفقهاء ينفذ ظاهرا وباطنا ، كما تقدم(١) •

وحينما ينجم عن الحكم اثار ، وتبنى عليه امور حساسـة ، واحكام تتعلق بالابضاع ، من حصول خلوة بالزوجة وافضاء اليهـا ، وحصـول الدخول بالفعل ، فضلا عن احتمال الحمل ، وثبوت المصاهـرة بين الزوج الثاني وأمهـا ، وبنتها ـ بعـد هذا كله لا يبعد القول : برجحان القـول بصحة الزواج الثاني ، وانتهـاء علاقـة المفقـود العائد بمجرد الدخـول بالزوجة من قبل الثاني • لا سيما وان القضاء اتبع الاسلوب المشـروع : بالبحث ، وارسال الكتب ، والانتظار هذه المدة ، مقابل ما اصاب المرأة من ضرر نتيجـة فقـد الزوج ، بل ان انتظارها بعد تحقيـق القاضي وتثبيت زوجيتها ، وبقاءها زوجة للمفقود ، وحقيقة فقده ـ اربـع سنين واربعـة اشهر وعشرا ـ بحد ذاته ضرر ظاهر ، وصبر على البلاء ، صمود لا ينكر •

فلا تثريب عليها اذا طلبت التفريق ، ولا غبار على القضاء اذا اصـدر قرار فك اسرها وانهاء مأساتها •

ولا اتصور ان يضيق صدر من اتاه الله تعالى قسطا من الفقه في الدين ان كان بعض ائمتنا الاجلاء ـ رحمهم الله تعالى ـ لم يقولوا بهذا •

فلو لم يكن هذا الرأي رواية عن عمر بن الخطاب ، ولو لم يقره عليه جمهور الاصحاب ، ولو لم يكن قال به الامام ربيعة بن ابي عبدالرحمن ، وتلميذه الامام مالك امام دار الهجرة ـ اقول : لو لم يقـل به كل هؤلاء الاعلام لكان في عموميات النصوص القطعية ما يفيد القـول بـه ، بل لم يقولوا بهذا القول الا اعتمادا على تلك النصوص •

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٥٨٧ •

كقول الله سبحانه : « ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له ٠٠٠٠٠ »(١) ٠

وقوله تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج »(٢) ٠

وقوله جل وعلا : « فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ٠٠ »(٣) ٠

وقوله عز وجل : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان »(٤) ٠

وقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار(٥) ٠

المبحث الرابع

المنعي لها زوجها

النعي في اللغة خبر الموت ، يقال : نعاه نعيا ٠ أي اخبر بموته ، والناعي هو الذي يأتي بخبر الموت ٠

والمنعي لها زوجها : هي التي اخبرت بموته(٦) ٠

والمرأة التي نعي اليها زوجها ان لم تعر للخبر اهمية ، ولم تقتنع به ، فهي زوجة المفقود ٠ والنعي في نظرها خبر مهمل ، ولا تراجع القضاء ، ولا تطالب بشيء ٠ اما ان اولت الخبر اهتماما ، فاعتقدت صحته ، واعتدت عدة وفاة ، ثم تزوجت ، وبعد دخول زوجها الثاني بها عاد المفقود المنعي ، فللفقهاء ــ القائلين : بان زوجة المفقود بعد ضرب المدة والعدة تتزوج ان شاءت ــ اربعة مذاهب في هذه الصورة :

---

(١) سورة الاحزاب الاية ٣٨ ٠

(٢) سورة الحج الاية ٧٨ ٠

(٣) سورة البقرة الاية ٢٣١ ٠

(٤) سورة البقرة الاية ٢٢٩ ٠

(٥) رواه مالك والدار قطني ٠ انظر شرح الاربعين للنووي ١٥١ ٠

(٦) راجع مختار الصحاح ٦٦٩ ، وشرح الخرشي ١٥١/٤ ٠

المذهب الاول : انها ترد الى زوجها المفقود العائد مطلقا ، وان انجبت من الثاني ، وهذا هو المشهور في معظم كتب المالكية(١) •

جاء في المدونة : قلت : ارأيت لو ان امرأة نعي لها زوجها فتزوجت ، ودخل بها زوجها الاخر ، ثم قدم زوجها الاول ؟ قال : قال مالك : ترد الى زوجها الاول ، ولا يكون للزوج الاخر خيار ، ولا غير ذلك ، ولا يقربها زوجها الاول حتى تحيض ثلاث حيض ، الا ان تكون حاملا فحتى تضع حملها ، وان كانت قد يئست من المحيض فثلاثة اشهر »(٢) •

المذهب الثاني : انها زوجة الثاني طالما دخل بها ، وتفوت على الاول بالدخول ، كزوجة المفقود اذا عاد بعد دخول الثاني(٣) •

المذهب الثالث : انها ان رفعت امرها الى القضاء ، وذكرت الخبر ، فاعتبر القاضي الخبر من طرق الاثبات ، واثبت به وفاة الزوج المنعي ، واشعرها بذلك فاعتدت ثم تزوجت(٤) ، ودخل بها الثاني ثم عاد المفقود المنعي ـ فهي زوجة الثاني • وهو قول بعض المالكية كابن رشد(٥) •

المذهب الرابع (وهو للحنابلة) :

اما الحنابلة ـ فيرون : ان الزوجة ان نعي اليها زوجها من قبل ثقات ، أو تظاهرت الاخبار بموته فاعتدت وتزوجت بثان فدخل بها ـ فحكمها ان عاد زوجها كحكم زوجة المفقود ، وهو ان يخير العائد بين اخذها وبين تركها وله الصداق •

وقد روى الاثرم باسناده عن ابي المليح عن شهبة بنت عمير الشيبانية

---

(١) المدونة الكبرى ٤٤٧/٢ ، ومواهب الجليل ، وكذا التاج والاكليل ١٥٨/٤ ، ١٥٩ •
(٢) المدونة الكبرى ٤٤٧/٢ •
(٣) شرح الخرشي ، وكذا حاشية العدوى ١٥١/٤ ، والدردير والدسوقي ٤٨١/٢ •
(٤) المغنى ١٠٤/٨ •
(٥) مواهب الجليل ١٥٨/٤ ، وحاشية العدوى على شرح الخرشي ١٥١/٤ •

ان زوجها صيفي بن قتيل نعي لها فتزوجت بعده العباس بن طريف العبسي ثم ان زوجها الاول قدم ، فأتيا عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ وهو محصور (ايام المحنة) فاشرف علينا فقال : كيف اقضي بينكم وانا على هذا الحال ؟ فقلنا : قد رضينا بقولك . فقضى ان يخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة ، فرجعنا . فلما قتل عثمان اتينا عليا ـ رضي الله عنهما ـ فخير الزوج الاول بين الصداق ، وبين المرأة فاختار الصداق(١) .

مناقشة هذه المذاهب :

لدى استعراضنا لهذه الاراء نجد ان من المجازفة التي لا تستحق التبرير ان تتسرع زوجة المفقود الذي نعي اليها فتتزوج استنادا الى مجرد الخبر ، بلا مراجعة للقضاء . ومن ثم فلا ملام على من لا يعتبر هذا الزواج، بل يردها الى زوجها العائد ، حتى لو دخل الثاني وانجبت منه(٢) .

اما اعتبارها كزوجة المفقود مطلقا فقياس مع الفارق لاكثر من سبب :

١ ـ لان هذه (المنعي لها زوجها) لم تراجع القضاء ، وزوجة المفقود راجعت القضاء .

٢ ـ ولان هذه لم تضرب لها مدة ، وزوجة المفقود ضربت لها مدة (اربع سنين قبل العدة) .

٣ ـ هذه (المنعي لها زوجها) لم تجر بشأنها دراسة من قبل متخصصين ، بينما زوجة المفقود جرت بشأنها دراسة قضائية ، قد لا تقتصر على قاض واحد ، فضلا عن علمه ، وتجاربه ، وحياده عند اتخاذ الاجراءات.

وبذلك فان المعاملة تصبغ بصبغة شرعية ، وبدون ذلك تصبح معظم التصرفات ـ خصوصا ما يتعلق بالتفريق والتزويج ـ باطلة ، ولا اثر لها . اذن فاعتبار المنعي لها زوجها المتزوجة بثان كزوجة المفقود مطلقا ، بمجرد دخول الثاني ـ ليس بذي اعتبار ، عند اهل التحقيق من الفقهاء .

---

(١) راجع سنن البيهقي ٤٤٧/٧ ، وكذا المغنى ١٠٤/٨ .
(٢) المدونة الكبرى ٤٤٨/٢ .

كما ان اطلاق القول ببطلان زواجها الثاني ليس على اطلاقه • فلابد من التأني ، والتفصيل في الامر :

فالمذهب الاولى بالترجيح هو القائل :

يشترط اقتران زواج المنعي لها زوجها بحجة قضائية معتمدة على الاجراءات الاصولية • لانها تكسب الدعوى صفة شرعية ، لها وقع محترم في النفوس • وكأن كلام الامام مالك رحمه الله تعالى يوحي بترجيح هذا المذهب • لانه اعتبر نظر القاضي ، واجتهاده مضفيا على القضية سربال الجواز • وقد نقل العدوى نحوه في حاشيته على الخرثي ١٥١/٤ •

فقد جاء في المدونة ، عقب الكلام على وجوب اعتزال الزوج الثاني المرأة المنعي لها زوجها « قال مالك : وليست هذه بمنزلة امرأة المفقود ، وذلك انها كذبت وعجلت ، ولم يكن اعذار من تربص ، ولا تفريق من امام »(١) فأنت ترى انه رحمه الله يصف المنعي لها زوجها فتزوجت ثم عاد زوجها انها ليست كزوجة المفقود ، اذ ان قضيتها فقدت ضوابط مهمة ، لوحظت في زوجة المفقود ، ولم توجد في المنعي لها زوجها هذه ، وهذه الضوابط :

١ ـ التأني ـ وهو ضابط مهم ، وشرط اساسي • فالقضاء لا يضرب المدة الا بعد التروي والتأكد من فقد الزوج ، وزوجيتها منه ، وعدم تطليقها من المفقود • بينما نجد الزوجة المنعي لها زوجها هذه عجلت فتزوجت •

٢ ـ التربص مدة معينة ـ وهو الانتظار الباعث على الاطمئنان بأن المفقود لو كان حيا لجاء أو وصل خبره •

٣ ـ التفريق من الحاكم ـ وذلك ان تفريق القضاء لا يحصل بجلسة أو اثنتين ، ولا يتم عن طريق العاطفة ، ولا يصدر قراره الا من قبل ذي فقه ، ونظر ، وتجارب ، وهذا لا يحصل غالبا الا في مجالس

---

(١) المدونة ٤٤٨/٢ •

القضاء .

اما اذا أحالت المنعي لها زوجها قضيتها الى القضاء ، وتحقق من فقد الزوج ، واستدعى مصدر النعي ، واقتنع بالمخبرين ، ورأى ان الزوجة متضررة ، ثم اصدر القرار بعد كل تلك الاجراءات فاعتدت الزوجة ، ثم تزوجت ودخل بها الزوج الثاني ثم عاد المفقود (المنعي) ، فقياسه على المفقود واضح . لان التعليل الذي ذكره الامام مالك في زوجة المفقود وجد في هذه (التي نعي لها زوجها فرفعت أمرها الى القاضي فاتخذ الاجراء) .

فهي الان لم تكذب ، بل احالت الخبر والمخبر الى القضاء .

ولم تعجل ، بل التزمت بما قرره القاضي ، فنفذته ، فأصبح تصرفها مشروعا ، بل مسقطا — بعد الدخول بها — حق المفقود المنعي ، العائد .

لان تصرفها مقترن بحجة قضائية .

ولذلك ارى رجحان هذا القول . وبالله تعالى التوفيق .

المبحث الخامس

زواج الاسير :

والاسر مصدر اسره يأسره اسرا ، واسارا . شده بالاسار ، لئلا يفلت . والاسار : ما يشد به كالحبل والسلسلة .

جاء في لسان العرب : « والاسار القيد ، ويكون حبل الكتاف ، ومنه سمي الاسير . وكانوا يشدونه بالقد ، فسمي كل اخيذ اسيرا ، وان لم يشد به . يقال أسر الرجل اسرا واسارا ، فهو اسير ، ومأسور ، والجمع اسرى واسارى ، وكل محبوس في قد ، أو سجن اسير . وقوله تعالى : « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما واسيرا »(١) .

قال مجاهد : « الاسير المسجون »(٢) فالاسير من وقع في يد العدو

---

(١) سورة الدهر الاية ٨ .

(٢) راجع لسان العرب لابن منظور .

فلم يستطع العودة الى اهله ، ولا الافلات منهم والاسير يختلف عن المفقود الذي تقدم بحثه وحكمه .

فالمفقود غائب لم يعرف موضعه ، ولا تعلم حياته ، ولا موته ، ويمكن الكشف عنـه(1) .

فهذه القيود (في تعريف المفقود والاسير) حين تقـابل بعضها ببعض تلاحظ الفرق واضحا بينهما :

أ ـ فالمفقود لم تعرف حياته ، ولا موته ، بينما الاسير اخذ حيا فهو معلوم الحيـاة .

ب ـ والمفقود لم يعرف موضعـه ، ومكانـه . بينما الاسير معلوم المكان بصورة مجملة ، لانه عند العدو ، لكن لا يمكنه الهرب .

ج ـ والمفقود يمكن البحث عنه . بينما الاسير لا يمكن الكشف عنه ، لانه في دار الحرب . اما ان لم تعلم جهته ، ولم يغلب على الظن ان العدو اسره فهو مفقود ، وقد تقدم حكمه . ولا تطبق عليه احكام الاسير .

فأموال الاسير كأموال المسجون ، لا تخرج عن ملكيتـه ، ولا تورث لانه حي ، في جهة معلومة . وزوجة الاسير كأي زوجة طبيعيـة ، باقيـة في عصمة زوجها ، تنتظر ما يقضي اللـه تعالى في أمره ، من مجيئـه ، أو يقين موته ، أو طلاقه ، أو ردته عن الاسلام طائعا ـ والعياذ بالله تعالى ـ من غير اكراه في انتزاع لفظ الكفر ، أو صـدور حكم قضائي بوفاتـه ، اما بعـد التعمير ، واما قبله خشـية وقوعها في الفتنـة ، كمـا سيأتي بحث هـذه المسألـة(2) .

وقد اختلفت وجهات النظر عند الفقهاء في الاستناد الى اصدار الحكم بوفاة الاسير : فمنهم من يرى ضرورة مضي مدة لا يعيش الاسير اكثر منها . وقدرت هذه المدة بسبعين سنة(3) ، ومنهم من قدرها بثمانين ، ومنهم

---

(1) راجع الشرح الكبير حاشية الدسوقي ٢/٤٧٩ .
(2) الشرح الكبير ٢/٤٨٢ .
(3) شرح كنز الدقائق ٣/٣١١ ، الشرح الكبير للقطب الدردير ٢/٤٨٢ .

من قضى بوفاته بخمس وسبعين(١) ، ومن الفقهاء من قدرها بمائة سنة ، ومنهم من زادها عشرين فوق المائة ٠

وكل هذه الاقوال مبنية على التقدير بغلبة الظن ، على اساس ان غالب الناس لا يعمر اكثر من هذه المدة ، ومعظم الاحكام الشرعية الفرعية مبناها على الغالب ٠

الا ان الراجح من هذه الاقوال كلها ـ والله اعلم ـ ان الامر في تقدير المدة مفوض الى رأى الحاكم ٠ لان تقدير هذه المدة « يختلف باختلاف البلاد ، وكذا غلبة الظن ، تختلف باختلاف الاشخاص ٠ فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة انه مات ، لا سيما اذا دخل في مهلكة ، وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا لاختلاف ارائهم فيه ، فلا معنى لتقديره »(٢) ٠

نعم قد تأخذ زوجة الاسير حكما غير عادى ، في بعض المسائل ، لا بالنظر الى كونه اسيرا ، بل لاعتبارات أخرى ، وبضوابط معينة ٠ فمن ذلك :

الاعتبار الاول ـ عدم الانفاق :

فاذا لم تجد زوجة الاسير ما تنفقه على نفسها ، ولم يترك لها نفقة من راتب ، أو غلة ، أو دين له على الاخرين : فللفقهاء في هذه الحالة قولان :

القول الاول :

ان تصبر على البلوى الى حين حصول أحد الحلول الخمسة المتقدمة (وهي : مجيء الاسير ، أو موته الحقيقي ، أو طلاقه ، أو كفره طائعا ، أو حكم الحاكم بموته) وبهذا قال الحنفية(٣) ، ومعظم الزيدية(٤) ، وبعض

---

(١) المصدرين السابقين ٠
(٢) شرح كنز الدقائق للزيلقي ٣/٣١٢ ، وكذا مغني المحتاج للخطيب ٣/٢٧ ، وحاشية ابن عابدين ٣/٣٦٣ ٠
(٣) شرح الكنز الزيلقي ٣/٥٤ ، وفتح القدير ٣/٣٢٩ ٠
(٤) البحر الزخار ٣/٢٧٦ ٠

الامامية(١) ، والظاهرية(٢) والمزني من اصحاب الشافعي(٣) ، وهو المروى عن عطاء ، وابن شهاب الزهري ، والقاضي ابن شبرمة والحسن البصري ، والثوري ، وابن ابي ليلى ، وحماد شيخ أبي حنيفة • رحمهم الله تعالى واستدلوا على قولهم بما يلي :

أ ــ قوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »(٤) •

فالنص في الاية عام يشمل كل معسر ، والزوج احد المعسرين ، سواء كان حاضرا ولا يجد النفقة عليها ، أم غائبا بأيسر ، أو فقد(٥) •

ب ــ وقوله سبحانه : « لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا »(٦) •

والاية دليل على ان من لم يقدر على النفقة لا يكلف بما هو خارج عن قدرته •

ج ــ واستدلوا بالمعقول فقالوا : ان في الزامه الفسخ ابطال حقه (الزوج) بالكلية ، وفي الزام الانظار عليها ، والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه ، واذا دار الامر بينهما كان التأخير اولى »(٧) أي ان انتظارها والاستدانة عليه مقدم على ابطال حق الزوج المعسر بالتفريق ، وتزوجها •

القول الثاني :

ان لها الحق ان تطلب التفريق اذا لم تتوفر لها النفقة •

---

(١) الروضة على اللمعة الدمشقية ١٤٤/٢ ، والخلاف للطوس ٧٧/٣ •
(٢) المحلى لابن حزام ١٢٠/٧ والمغني ١٧٥/٨ ، وفتح القدير ٣٢٩/٣ •
(٣) مغنى المحتاج ٤٤٢/٣ •
(٤) سورة البقرة الاية ٢٨٠ •
(٥) تبيين الحقائق ٥٤/٣ ، وفتح القدير ٣٣٠/٣ •
(٦) سورة الطلاق الاية ٧ •
(٧) تبين الحقائق وفتح القدير (الموضع السابق منهما) •

والى هذا ذهب المالكية(١) ، والحنابلة(٢) ، والشافعية(٣) ، الزيدية(٤) ، وهو المروى عن عمر ، وعلي ، وابي هريرة ، رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري ، وعمر بن زيز ، وربيعة ، وحماد وغيرهم كثير(٥) .

واستدلوا على قولهم بجواز التفريق اذا طلبته ، بما يلي :

بقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان »(٦) .

ووجه الدلالة من الاية الكريمة : ان الامساك مع ترك الانفاق ليس امساكا بمعروف ، فتعين التسريح باحسان ، طالما تعذر الامساك بمعروف . فان لم يسرحها الزوج ، سرحها القاضي ازالة للضرر .

روى البخاري ومسلم ، والامام أحمد ، الدار قطني عن ابي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تقول : أطعمني والا فارقني ... »(٧) .

سئل امام التابعين سعيد بن المسيب : عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ فقال رحمه الله تعالى : نعم ، فقيل له : سنة ؟ قال : سنة . قال الشافعي رحمه الله تعالى : والذي يشبه قول ابن المسيب سنة ، ان يكون سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم(٨) .

الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ٢/٥١٨ .

المغنى ٨/١٧٥ .

المهذب ٢/١٦٣ .

البحر الزخار ٣/٢٧٦ .

المغنى ٨/١٧٥ ، ونيل الاوطار ٦/٣٦٥ .

سورة البقرة الاية ٢٢٩ .

صحيح البخارى ٣/٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ونيل الاوطار ٦/٣٦٣ .

الام للشافعي ٨/٢٣٢ ، المغنى ٨/١٧٦ ، ومصنف عبد الرزاق ٧/٩٦ .

د ـ صح عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنـه ، انـه كتب الى امراء الاجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم ان يأخذوهم بأن ينفقوا ، أو يطلقـوا ، فان طلقوا بعثـوا بنفقـة ما حبسوا ، واشتهر ذلك بين الصحابة ، رضي الله عنهم(١) .

هـ ـ واستدلوا ايضا بالقياس على الجب(٢) والعنة . فاذا كان للزوجة الحق بان تطلب التفريق بسبب ما يصاب به الزوج من العنـة والجب رفعـا للضرر فأن العجز عن النفقة اولى ، لان الانسان قد يستغني عن قضـاء الوطر ، ولو مـع الضـرر ، ولكن لا يستغنى عن لقمـة العيش ، لانه البدن لا يقوم الا بها . اذ الغذاء سبب بقـاء الحيـاة . قال الشافعي رحمه الله تعالى محتجا على مخالفه في هـذه المسألة : « اذا خيرتها في العنين يؤجل سنة : ورضيت منه بجماع مرة فانما هو فقـد لذة ، ولا صبر لها على فقد النفقة ، فكيف اقررتها معـه في اعظم الضـررين ، وفرقت بينهما في اصغر الضررين ؟ »(٣) .

ـ ملاحظات كل فريق على ادلة مخالفه :

هناك ملاحظات على ادلة كل فريق نجملها بما يلي بايجاز ، لنتوصل الى الرأي الراجح فيما يظهر من خلال هذه المناقشة .

اولا ـ ما اورد على ادلة اصحاب القول الاول :

١ ـ بان الاية « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » خاصة بالمرابي ، ولا تشمل كل انواع المعسرين . وبهذا قال ابن عباس ، والقاضي شريح ، والضحاك والسدى ، وابراهيم النخعي ، ورجحه اكثر من امام(٤) . وربما يجاب عن هذا الاعتراض : بان الحكم غير مقصور على المرابين،

---

(١) الام ٢٣٢/٨ .
(٢) الجب هو استئصال عضو الرجل التناسلي ، انظر القاموس ٤٤/١ ونهاية ، المحتاج ٣٠٣/٦ .
(٣) الام للشافعي ٢٣٢/٨ ، والمغنـى ١٧٦/٨ ، وزاد المعـاد ١٥٠/٤ ، وتحفـة المحتاج ٣٣٦/٨ .
(٤) مفاتيح الغيب للفخر الرازى ٣٧٩/٢ .

ولو كان كذلك لقال تعالى : وان كان ـ المرابي ـ ذا عسرة فنظرة الى ميسرة ، وليس (ذو عسرة) واذا اندفع هذا الاعتراض فان الاية عامة مخصوصة بحكم الاعسار بالنفقة على الزوجة . اذ ما من عموم الا وخص منه البعض .

٢ ـ اما استدلالهم بآية « لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها » فهو محمول على الشطر الثاني من اصناف الازواج المنفقين ، لان هذا المقطع الذي استدلوا به تتمة لما رسمه الله تعالى للازواج في الانفاق على زوجاتهم، لان منهم الموسر ، ومنهم دون ذلك ، فبين المولى سبحانه ان النفقة على الزوجة يراعى فيها حال الزوج المنفق فقال سبحانه : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله ، لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا » ومعنى « قدر عليه رزقه » ضيق عليه رزقه ، فهذا لا يكلف بنفقة ذوي السعة الموسرين ، بل ينفق مما اتاه الله الى ان يجعل الله له يسرا في الحال .

اما ان لم يجد نفقة المعسر (وهي خبز وما يستر البدن بلا ضرر ومهانة) فمن اي شيء ينفق ؟؟

فاذا كان الزوج لم يحصل على نفقة المعسر ولو خشنت ، فهل تكلف الزوجة بالبقاء مع مهانة الاستدانة ، وتراكم الديون على شخص ضاقت به السبل ؟

٣ ـ اما دليلهم : « بان في الزامه الفسخ ابطال حقه بالكلية ، وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه ، واذا دار الامر بينهما كان التأخير اولى » فهذا مما لا يصار اليه الا حينما لا يوجد مخرج ، اما اذا وجد ـ وقد جعل الله بعد كل عسر يسرا ـ فليس من المشروع قسر الزوجة على تجرع مرارة الفقر ، وذلة السؤال ، لا سيما اذا لم يكن للزوج ما تأمل منه هذه الحبيسة فرجا .

وكلامنا حيث طالبت بحقها . اما ان لم تطالب بشيء ، وشاطرته المصيبة

---

(١) الشرح الصغير ، وحاشية الصاوي ٧٤٦/٢ .

فهذا بلا شك منتهى الوفاء ، والمواساة في البأساء والضراء(1) •

ثانيا — ما اورد على ادلة القائلين بجواز طلبها التفريق :

ـ اورد على الاستدلال بحديث « ••• امرأتك ممن تعول ، تقول : اطعمني والا فارقني » بأن ذلك كان بيانا فأدرج في الحديث ، حتى ظن حديثا •

ب ـ واما الاثر المروى عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى : الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما ؟ قال : نعم ، فقيل له : سنة ؟ قال : سنة » فقد قالوا : انه لا يريد بذلك سنة النبي صلى الله عليه وسلم •

ج ـ واعترض على قياسهم الاعسار بالنفقة على الجب والعنة ، بانه قياس مع الفارق ، لان حق الزوجة في الوقاع لا يمكن اعتباره دينا على العنين ، أو المجبوب ، بخلاف النفقة فانها تصبح دينا في ذمة الزوج(2) •

الخلاصة :

بعد مراجعة ادلة الفريقين وجدنا ان ادلة القائلين بوجوب صبر زوجة المعسر الغائب لم تسلم من الاعتراضات ، بل أورد عليها ما أضعفها فلم تعد بالشكل الذى يرجحها على ادلة القائلين بحق الزوجة في المطالبة بالتفريق •

وعلى الرغم من تأويل الايراد على دليلهم الثاني من ان الاية نوعت المنفقين : ذو سعة ينفق من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ينفق مما اتاه الله — فان الاحتمال باق ، والدليل متى تطرق اليه الاحتمال بطل به الاستدلال •

وقوله تعالى : « لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا » خارج نطاق الحصر ، فهو كلام مستأنف جيء به تسلية لمن قدر عليه رزقه ، ولزوجته ترغيبا في الصبر

---

(1) مدى حرية الزوجين في التفريق قضلله ٤٣٥ — ٤٣٨ •

(2) • فتح القدير ٣٣١/٣ •

واذا قيل : كان المعسرون في صدر الاسلام كثيرين ، ومع ذلك لم ينقل ان زوجاتهم طلبن التفريق بسبب الاعسار ، بينما حصل نوع من الترافع بسبب العنة .

فالجواب : ان عدم الترافع لا يدل على عدم مشروعية طلب التفريق ، لان الصبر بوجه عام فضيلة ، وفي هذا المضمار افضل .

ولا يستغرب من الزوجة المؤمنة ان تصبر ، وتذكر ما بينها وبين زوجها من الرابطة التي كرمها الله تعالى ، والفرج مع الصبر .

ولكن هذا امر موكول الى الانسان فقد يطالب بحقه ولا يتنازل عن شيء ، وقد يتصف بذرى الفضيلة ، والتعفف ، والايثار ، ونكران الذات ، وذلك من شيم ذوي المروءات . وقد كان الصحابة ـ رجالا ونساء ـ في المرتبة العليا في هذه الصفات ، ولذلك لم يقع منهم ترافع بسبب الاعسار ـ ولو كان مشروعا ـ لعلو مراتبهم ووفور مروءاتهم وان كان به نوع من الضرر ، الذي لا يتعلق بالاعفاف والتحصين .

اما حين يتعلق الضرر بالاعفاف والتحصين : فمن المروءة الترافع لئلا تبقى النفوس متطلعة الى دواعي الفطرة ، مما يخشى معه وصم الشرف وثلم العرض .

اما ادلة القائلين بأن لزوجة الغائب الذي لم يترك لها نفقة الحق بطلب التفرق ـ فأراها اكثر سدادا ، ونافذة المفعول ، وان الايرادات لم تؤثر فيها :

١ ـ فالدليل الاول : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان .. الاية .. » دليل وجيه وتعليل نافذ المفعول لا غبار عليه . وليس من الامساك بمعروف حبسها عليه مع العسر أو تكليفها التكسب ، بعد ان تكفل لها الزواج بكل وجوه الانفاق .

٢ ـ وحديث : « ... امرأتك ممن تعول . تقول : اطعمني والا

فارقني ••• » يعتبر بيانا للاية المتقدمة في الدليل الاول • ومثله الاثر عن سعيد بن المسيب •

٣ ـ والاثر عن عمر رضي الله عنه ، الى امراء الاجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم ان يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ••• » يعتبر تطبيقا لما يفهم من الاية والحديث • وقد ادعى كثير من الفقهاء اجماع الصحابة عليه(١) •

٤ ـ اما قياس ضرر الاعسار على ضرر العنة ، فهو من باب اولى •

وابطال هذا القياس بحجة ان النفقة تصح دينا بخلاف ما يلزم العنين ـ غير سديد هنا • لان العلة في هذا القياس ذات الضرر • فالذي تصاب به مع العنين ضرر ، وما يصيبها مع الغائب المعسر ضرر لا يقل عنه •

لذلك : فالذي أميل اليه ، دليلا ، وتعليلا القول : بأن لزوجة الغائب المعسر الحق في طلب التفريق ، لعدم وجود ما تنفقه على نفسها ، من وجوه الانفاق الثلاثة :

١ ـ ما يسد الرمق من الطعام ، ٢ ـ ويستر العورة ويقي من الثياب ، ٣ ـ وما تأوى اليه من السكن ، الذي لا يخل بكرامة الانسان •

التفريق لعدم الانفاق قانونا :

وقد جاء في الفقرة الثامنة من المادة الثالثة والاربعين من القانون العراقي(٢) :

« اولا ـ للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الاسباب الاتية :

(٨) اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه ، أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة » •

نماذج من القضاء :

وقد كان القضاء في القطر معروفا بالتروي خصوصا في مسألة التفريق

---

(١) راجع المغني ١٧٦/٨ ، وتحفة المحتاج ٣٣٦/٨ •

(٢) قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ المعدل •

بين الزوجين ، وعلى الغائب بوجه خاص ، حينما تدعى زوجته انه لم يترك لها نفقة • فقد التزم المنهج الشرعي : في تحليف الزوجة بان زوجها لم يترك لها نفقة ، ولا شيئا من جنس النفقة ولم تكن ناشزا ، ولا مطلقة انتهت عدتها(١) •

فقد جاء في قرار محكمة التميز في العراق تسلسل ٧٤٦ في ٣/٥/٩٧٢ تصديق حكم التفريق لعدم الانفاق بسبب غيبة الزوج ، بعد ان جرى تبليغه بصحيفتين محليتين • وعلى غرار هذا عشرات القرارات ، بسبب عدم الانفاق : للعجز ، أو التعنت ، أو الغيبة أو الحبس •

وحين تقرر الشريعة الاسلامية هذا الحق للزوجة ، فليس معنى ذلك ان الشريعة توجب عليها مراجعة القضاء وطلب التفريق ، ولا ندعي ان هذا التفريق شائع في المجتمعات الاسلامية •

بل نقول : انه حق قررته شريعة الله تعالى ، واذا ثبت لجهة فلها حق المطالبة به ، اذا تحقق الضرر •

ومن الفضيلة عدم المطالبة به ، اللهم الا اذا تعرضت الزوجة للاذلال ، أو المهانة • ولذلك : فمن النادر ان تطلب زوجة التفريق لعسر زوجها بسبب ، بالاخص اذا كانت قد انجبت منه ذرية •

ولما كنا بصدد البحث في زوجة الاسير الذي لم يترك نفقة ــ فمن المناسب القول : بانه لم تعد النفقة تشكل مشكلة في حياة زوجة الاسير والمفقود بسبب الحرب ، لان الدولة ــ سدد الله على طريق الهدى خطاها ــ ضمنت لها النفقة ، فأجرت راتب الاسير والمفقود فضلا عما وفرته لاسرة كل منهما من : ارض للسكن ومبلغ قد يكفي لبناء بيت تأوى اليه الاسرة •

انما المشكلة في بقاء الزوجة الشابة مكلومة قلقة بطول الانتظار ، حيث انها بفقد زوجها فقدت سكون النفس ــ قال سبحانه :

---

(١) انظر مواهب الجليل ١٩٦/٤ •

« ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها(1) وجعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لايات لقوم يتفكرون » .

وبقيت تتقلب بين وحشة الفقد ، ومرارة الانتظار .

الاعتبار الثاني ـ خشية الفتنة :

قلنا في البداية : قد تأخذ زوجة الاسير حكما غير عادي ، في بعض المسائل ، لا بالنظر الى كونه اسيرا ، بل لاعتبارات أخرى ، وبضوابط معينة .

فمن هذه الاعتبارات ان تخشى على نفسها الوقوع في الرذيلة . وهذه الحالة ، مما يدخل في باب التفريق للضرر ، الذي لا يتم الا عن طريق القضاء .

ومن المعلوم ان الضرر غير مقيد بصورة او صورتين ، بل هو انواع كثيرة . ومعظم هذه الانواع تعظم به مصيبة الزوجة بالدرجة الاولى ، سواء كان ضررا مقصودا من قبل الزوج كالايلاء(2) ونحوه ، أم غير مقصود كأسر الزوج ، وفقده ، واعساره ، ومرضه المزمن المعدي .

---

(1) سورة الروم الاية /21 .

(2) والايلاء عند الفقهاء : ان يحلف الزوج بأن لا يقرب زوجته اربعة اشهر فاكثر واصل مشروعيته قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ، فان فاؤا فان الله غفور رحيم . وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » البقرة اية 226 ، 227 . وبمضي اربعة اشهر تاخذ الاجراءات شكلا اخر . حيث يقع بمضيها طلاق بائن تلقائي . وبهذا اخذ الحنفية ، وهي رواية عن مالك . وقال به من الصحابة : عثمان وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وفي رواية عن عمر وعلي وابن عباس . رضى الله عنهم اجمعين .

ومذهب الجمهور : ان الزوج المولي يوقف : فاما ان يعاشرها بالمعروف ، واما ان يطلق فان ماطل طلقها القاضي عليه . ولكل من هذين الاتجاهين دليله وتعليله . واذا اردت التفصيل فارجع الى : مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء 133 ـ 145 .

وسواء وقع عليه ظلما ، ام لسوء تصرفه ، كالمحبوس لجريمة ثبتت عليه . واوسع المذاهب الفقهية رحابا في التفريق للضرر ، هي مدرسة المالكية تقريبا . ورغم انهم يعتبرون زوجة الاسير زوجة له ، لا يحكم بفرقتها الا بموت كل اقرانه ، الا انهم يعلقون ذلك على ضمان عفتها ، وعدم خشيتها الزلل . فقد جاء في عبارة الشرح الكبير :

« وزوجة الاسير ومفقود أرض الشرك للتعمير ، ان دامت نفقتهما . والا فلهما التطليق ، كما لو خشيتا الزنا ... »(1) .

ويعلق شمس الدين محمد عرفه الدسوقي ،على ذلك فيقول :

قوله : كما لو خشيتا الزنا ، فان لهما التطليق ، ولو كانت نفقتهما دائمة ، وينبغي ان يكون ماشك في فقده ، هل بأرض الاسلام أو الكفر ، كالمفقود في بلاد الكفر تحقيقا . احتياطا في زوجته وماله » .

وبناء على هذا : ان خافت زوجة الاسير على نفسها الوقوع في الرذيلة، ورفعت أمرها الى القضاء فانه ينظر في طلبها .

لان عدم سماع دعواها ، ورفض طلبها يعني تعريضها للفتنة ، والانزلاق في الهاوية لانها لو لم تكن من الاضطراب بحال تخشى عواقبه لما راجعت القضاء ، ومراجعتها دليل وصولها الى حال لم يبق وراءه الا الشطط ، فان لم ينظر في شأنها لربما سلكت طريقا اخر من غير مراجعة قضاء .

والقاضي بعد النظر في أمرها والتأكد من زوجيتها واسر زوجها ، وكونها في سن يؤكد مدعاها ، ويلاحظ مكان سكناها ، وقد يرى تخصيص امرأة بمستوى من العقل والسن والالتزام تكون معها ، ثم من خلال كل ذلك يقرر ما يراه ، على غرار ما فعل عمر بن الخطاب حين كان يتطلع احوال الامة ليلا ، فمر قرب دار فسمع امرأة تنشد الشعر التالي :

تطاول هذا الليل واسود جانبه — وطال على ان لا خليل الاعبه
فوالله لولا خشية الله وحده — لحرك من هذا السرير جوانبه

---

(1) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ٤٨٣/٢ . وحاشية العدوي ١٥١/٤

فسأل عنها ، فقيل له : هذه فلانـة ، وزوجهـا غائب في سبيل اللـه ، فأرسل اليها امرأة تكون معها ، وبعث الى زوجها فأقفله ... وقـد تقدمت القصـة .

الاعتبار الثالث ـ الشرط أو التفويض :

من الثابت ان المكلف الكامل الاهلية له ان يتصرف في كل ما يملكه من الحقوق ، وله ايضا ان يخول غيره بالتصرف ، حسبما يخولـه ويعطيـه من الصلاحيات ، أو يوكله فيها ، أو يملكه الامر كله .

فاذا فوض الزوج الطلاق لزوجته ، بأن خيرها ان تفعل ما تشـاء من ابقاء عقد الزوجية أو حله ، أو ملكها الامر ـ جاز له ذلك ، ابتداء ، ولا حق له في التعقيب على ما تفعل . لانه سلمها ما كان يملكه هو .

اما لو فوضها أمر الطلاق على وجه التوكيل فأبطل التفويض قبـل ان توقـع طلاقا جاز ، لان من حق الموكل ابطال الوكالـة ، وسلب صلاحيـة الوكيـل(١) .

كما انها ـ الزوجة ـ لو اشترطت لنفسها على زوجها ساعة العقـد ان تملك أمرها متى غاب اكثر من شهر ، ولاي سبب ، أو متى طالبها بمفارقـة وطنها ، أو اهلها ـ فقبل بهذه الشروط جاز لها ان تطلق نفسها(٢) بموجب ما حصلت عليه من الصلاحيات الممنوحة لها مسبقا برضا الزوج . ومشروعية هذا التخيير للزوجة ثابتة عقلا ، ونقلا . وقد عرفنا عقلا ان ما يملك الانسان التصرف فيه يجوز له تفويض غيره ، وتوكيله فيه . اما نقلا : فقد ورد ذلك في السنة الصحيحة .

فقد خير رسول اللـه صلى اللـه عليـه وسلم نساءه ، حين ظهر منهن الالحاح في أمر النفقات ، وسؤالهن الرسول ما ليس عنده ، صلى الله عليـه

---

(١) انظر مواهب الجليل ٩١/٤ ، والشرح الكبير ٤٠٦/٢ .

(٢) انظر نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٥٣/٢ . ط . بالمطبعة العامـرة بمصـر برمضان ١٢٨٨ هـ .

وسلم(١) ، فاعتزلهن تسعة وعشرين يوما ، ثم نزل قول الله تعالى يخاطب رسوله صلى الله عليه وسلم : « يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا • وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الاخرة فان الله اعد للمحسنات منكن اجرا عظيما »(٢) •

فلما خيرهن ، كلهن اخترن الله ورسوله والدار الاخرة ، وزهدن في الدنيا وزينتها كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم زاهدا فيها ، بل دعا صلى الله عليه وسلم ربه تعالى ان يجعل رزقه على قدر الكفاية فقال عليه السلام : اللهم اجعل رزق ال محمد كفافا »(٣) وروى مسلم في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها قالت : لقد مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وما شبع من خبز وزيت في يوم واحد مرتين »(٤) •

وعن عروة بن الزبير رضي الله تعالى عنهما ، عن عائشة رضي الله عنها، انها كانت تقول : والله يا ابن اختي ، ان كنا لننظر الى الهلال ثم الهلال ثم الهلال ثلاثة اهلة في شهرين ، وما اوقد في ابيات رسول الله صلى الله عليه وسلم نار ، قلت : يا خالة فما كان يعيشكم ؟ قالت : الاسودان : التمر والماء، الا انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيران من الانصار ، وكانت لهم منائح ، فكانوا يرسلون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من البانها فيسقيناه »(٥) •

---

(١) صحيح مسلم ، باب تخيير الرجل امراته . مختصر . صحيح مسلم للمنذري برقم ٨٥٥ •

(٢) سورة الاحزاب الايتان ٢٨ ، ٢٩ •

(٣) اخرجه الامام مسلم وغيره في الصحيح انظر مختصر المنذري برقم ٢٠٦٩ من كتاب الزهد .

(٤) مختصر صحيح مسلم للمنذري رقم الحديث ٢٠٧١ - كتاب الزهد ٥٥١ .

(٥) المصدر السابق برقم ٢٠٧٠ ، والمنائح جمع منيحة ، وهي الحلوب من الانعام ، ناقة ، او بقرة ، او شاة . كان المجتمع الاسلامي يتعاطى هذا (اي يمنح الغني الناقة او البقرة الحلوب للفقير ليحلبها ويستفيد من ثمرها فقط) . فاذا جف ضرعها ردها الى صاحبها اخر الموسم .

وكانت سيرته صلى الله عليه وسلم هذه ، وزهده في الدنيا الى هذ الحد يشق احيانا على ازواجه صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن ، حين ينظرن نساء الصحابة مترفات ، يرفلن بانواع الحلي والثياب فضلا عن لذيذ الطعام. فكان ذلك سبب مطالبتهن للرسول صلى الله عليه وسلم : كما كان سبب نزول ايات تخييره صلى الله عليه وسلم لهن بين الفراق ، وبين الصبر على ما عند الرسول صلى الله عليه وسلم • فاخترن الله ورسوله وبقين ازواج الرسول وامهات المؤمنين ، واهل البيت المطهرين •

وقد فهم عامة الصحابة ان الرجل اذا خير زوجته فقد اعطاها مقاليد أمر الزواج ، فقد صح عن ابن مسعود (الصحابي الجليل امام الكوفة وفقيهها) رضي الله عنه قوله : ان اختارت زوجها فليست بشيء (اي تبقى زوجته) وان اختارت نفسها فهي واحدة ، (اي طلقة واحدة ، وهو احق بها)(١) اي بارجاعها • وهو قول عمر بن الخطاب وعائشة • رضي الله عنهم •

بينما الذي صح عن علي بن ابي طالب ، وزيد بن ثابت : انها ان اختارت نفسها فهي طلقة بائنة ، أي لا يستطيع اعادتها الى عصمته الا برضاها(٢) • ولا غرابة في هذا ، حيث ان الزوج الكامل الاهلية حين يخول غيره ــ وهو بكامل قواه العقلية واختياره ــ سواء كان التخويل للزوجة أم غيرها • فتصرف ذلك المخول أمر معلوم للزوج ، كذلك من ألزم نفسه تجاه زوجته بشرط فلا غرابة من حصول المشروط اذا تحقق الشرط ، ولم يشتمل ذلك على محرم(٣) •

وهو قول جماعة من اكابر الفقهاء ، محتجين بقوله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٧/ باب الخيار ص٨ برقم ١١٩٧٢ •
(٢) المصدر السابق ٧/ ١٠ ــ ١٢ •
(٣) كأن تشترط عليه عند العقد بان لاينفق على زوجته الاولى ، اولا يزور امه ، او يطلق كل زوجة في عصمته .. فتلك شروط تشتمل على محرم ، ولا يجوز فعلها ، والزواج صحيح ، حتى لو شرطت . انظر نيل الاوطار ٦/ ١٦٢ وهناك من يرى فساد العقد بهذه الشروط •

« ان احق الشروط ان يوفي به ما استحللتم به الفروج »(١) .

اذن : لو كانت زوجة الاسير (قبل ان يقع في الاسر) مفوضة ، أو مخيرة ، أو تملك عليه شرطا وتحقق الشرط ـ فلها في كل واحدة من هذه الحالات ان تختار نفسها . شريطة أن يكون ذلك ثابتا ثبوتا لا يسمح بتوجيه سؤال الجهات القضائية .

التوكيل والتفويض والشرط في القانون :

وقد اعتبر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ـ المعدل كلا من التوكيل ، والتفويض والشرط في عقد الزواج ، وانفذه ، وسلم بنتائجه . فقد جاء في الفصل الثاني من الباب الاول (اركان العقد وشروطه) من المادة السادسة ـ الفقرة ٣ ـ الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة ، يجب الايفاء بها .

الفقرة ٤ ـ للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج . اذن عندما تكون الشروط مشروعة ، واشترطت ضمن عقد الزواج فهي معتبرة ، ويجب الايفاء بها ، وفي حالة الاخلال بها فللزوجة ان تطلب فسخ عقد الزواج ، لدى القضاء . والنص مطلق ، سواء كان عدم الوفاء بعذر ، ام بغير عذر كما جاء في الفصل الاول ، من الباب الرابع (انحلال عقد الزواج) ما يلي :

المادة الرابعة والثلاثون ـ الطلاق رفع قيد الزواج : بايقاع من الزوج ، أو وكيله ، أو من الزوجة ان وكلت به ، أو فوضت ، أو من القاضي... » .

فأنت ترى ان القانون أقر تصرف الزوج في التوكيل بالطلاق ، ونص على ايقاعه من قبل الزوجة الموكلة ، أو المفوضة . لان الزوج الذي ملك

---

(١) رواه الستة ، واللفظ لمسلم ، وفي البخاري : احق ماوفيتم من الشروط . انظر مختصر صحيح مسلم . باب الشروط في النكاح ٣٠٩ ، ونيل الاوطار ٦/١٦١ .

هذا الحق له حق التوكيل به وتفويض التصرف ، طالما أقر بهذا وهو مكلف مختـار .

ولابد في مثل هذه الحالات ان يكون ايقاعها للطلاق مستندا الى حجة التوكيل أو التفويض المصدقة ، الموثقة ، وان يثبت ذلك في سجل القضاء .. درء لما قد يحصل من محاذير .

الاعتبار الرابع ـ قيام الاسير بما يفسخ عقد الزواج طائعا :

ولما كان الاسير يختلف عن المفقود ، باعتباره معلوم الحياة ، والمكان ، فهو شخص عادي ، ولذلك فقد يقوم بتصرف مما يعتبر انهاء لعقد الزوجية ، وذلك يحصل باحد أمرين : الطلاق ، والردة .

اولا ـ الطلاق :

فاذا وصلتنا الانباء بطريق من الطرق : ان الاسير طلق زوجتـه ، كأن ينقل من يطمئن لـه القاضي ، ممن كان معـه في الاسـر ، بأن الاسير طلق زوجته ، أو جاء على لسانه (الاسير) في مجلس انه طلق زوجته ، لاي اعتبار كان ، ولم يحصل لبس في سماع صوته ، ومعلوماته ، وحصل لنا علم أو غلبة ظن انه طلق طائعا غير مكره ـ فأن على زوجته ان تعتد عـدة الطلاق مـن تاريخ طلاقه ـ ان علمته ـ والا فمن تاريخ حصول علمهـا بخبر الطلاق حسبما يقرره القاضي .

وحينئذ تنتهي مشكلتها ، وتنتهي زوجيتها من الاسير مطلقا .

ثانيا ـ الردة :

والردة : الرجوع والتحول عن العقيدة الاسلامية أو الشك فيها ، بأن يتحول الى عقيدة أو فكر مخالف للعقيدة الاسلامية ، أو لم يتحول ، ولكن تشكك في انها الحق ، فاذا ثبت بأن الاسير ارتد طائعا بلا اكراه يفرق بينـه وبين زوجته(1) .

---

(1) انظر مواهب الجليل ٤/١٦١ ، والتاج والاكليل في الهامش كذا فـي المدونة الكبرى ٢/٤٥٦ ، ٤٥٧ .

وقـد نص في المدونـة : ان الامام مالكا ـ رحمه الله تعالى ـ يرى التفريق بين الاسير ، وبين امرأته اذا ارتد طائعا ، وان اكره لم يفرق بينهما .

وقال ربيعة ـ شيخ مالك ـ وابن شهاب رحمهما الله تعالى : « انـه ان تنصر ولا يعلم امكره أو غيره فرق بينه وبين امرأته ، واوقف ماله ، وان اكره على النصرانية لم يفرق بينه وبين امرأته ، واوقف مالـه ، وينفق على امرأته من ماله »(1) .

فان رفع امر ردة الاسير الى القضاء ، واقتنـع القاضي بذلك حكم بالتفريق بين الاسير المرتد ، وبين زوجته .

واذا تزوجت امرأة الاسير الذي ارتد ، ثم ثبت انـه ارتد مكرها ففي المسألة قولان :

الاول : انها كزوجة المفقود (اي انها ان دخل بها الثـاني بحكم قاض مضي زوجة الثاني ، وان لم يدخل ، أو دخل بلا حكم الحاكم يفـرق بينهما . لظهور كذب خبر الردة ، وعدم بنائه على حكم قضائي .

الثاني ـ انها كزوجة المنعي لها زوجها(2) ، وقـد تقـدم بحث ذلك قريبا .

هذه خلاصة الاسباب التي يسوغ فيها التفريق بين الرجل وبين امرأته مع قطع النظر عن كونه اسيرا ، أو غير اسير .

الاسير في القانون :

لم يتعرض قانون الاحوال الشخصية العراقي لاحكام الاسير ، جملـة وتفصيلا .

كما ان قانون رعاية القاصرين ، رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ، هـو الاخر لم يذكر عن الاسير شيئا بشكل خاص ، وانما تحدث عن الغائب بصورة عامـة

---

(1) المصـدر السـابق .

(2) مواهب الجليل ٤/١٦١ ، وحاشية الدسوقي ٢/٤٨٢ .

ـ والاسير نوع من أنواع الغائب ـ: بأن المحكمة تعين قيما يتولى شـؤون الغائب ، اذا لم يكن للغائب وكيل(١) ٠

كما تعرض لمؤهلات القيم ، وصلاحياته ، وانتهاء مهمته(٢) ٠

وحيث سكت القانون في العراق ، ولم ينص على شيء خاص ، فيصار الى الحكم بمبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون كما نصت على ذلك الفقرة الثانيـة من المادة الاولى من قانـون الاحـوال الشخصية المعدل ـ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ٠

---

(١) راجع المادة ٨٥ ، ٨٨ من قانون رعاية القاصرين ، رقم ٧٨ لسنـة ١٩٨٠ ٠

(٢) من المادة : ٩٠ ـ ٩٣ من القانون المتقدم

الفصـــل الثالث

اموال المفقود والاسير :

سبق ان ذكرنا في الفصل الثاني ، ان الزوجة قد تصبر على بلوى فقد زوجها ، ولا تراجع القضاء ، فهي زوجة المفقود ما بقيت ، ينفق عليها من ماله الى ان يأتي يقين طلاقه ، أو موته ، فتنقطع حينئذ علاقة الزوجية .

وقد لا تصبر على ما ابتليت به ، بدليل مراجعتها القضاء ، ومطالبتها بالبحث عن زوجها وضرب المدة لها . وقد تبين مما سبق ان هناك وجهات نظر : فمنها ما يرجح ان القاضي يضرب لها مدة معينة تنتظر فيها ، فاذا انتهت طلقها ولي الزوج ان وجد(١) ، والا فالقاضي ، ثم اعتدت عدة الوفاة ، ثم يأذن لها القاضي بالزواج ، ومنها ما يرى انها ابتليت فلتصبر ، وتبقى زوجة للمفقود .

ومن خلال وجهات النظر تلك ، وما ينشأ عنها يمكن بحث موضوع اموال المفقود بالشكل التالي :

المبحث الاول : ان تصبر زوجة المفقود ، ولا تراجع القضاء ، ولا يصدر قرار بوفاته فتستمر زوجيتها ، والانفاق عليها ، اخذا بمبدأ استصحاب الحال ، ما لم يستجد ما يزيله .

---

(١) المغني ٨/٩٧ ، ٩٨ .

المبحث الثاني : ان يصدر حكم بوفاته ، وتتربص زوجته المدة المقررة ، فتقسم حينئذ امواله بين ورثته ، وهو مذهب الحنابلة ، اما بقية ائمتنا فيوقفون امواله الى أن يغلب على الظن موته ، ولم يقيسوها على زوجته(١)٠

ولما كان الاسير يتفق في بعض الجوانب مع المفقود عند بعض الفقهاء فسيكون هذا الفصل مقسما الى ثلاثة مباحث :

المبحث الاول ـ اموال المفقود ، قبل الحكم بوفاته :

استنادا الى استمرار حياته : تقدم عندنا بايجاز ان للمفقود

فباعتبار : يحكم بحياته في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته ٠ استصحابا للحال ٠

وباعتبار اخر ؛ ميت في حق غيره ٠ فلا يرث هو اذا مات احد من اقربائه ٠

لان ثبوت حياته باستصحاب الحال ٠ وذلك حجة في ابقاء ما كان على ما كان ، وليس بحجة في اثبات ما لم يكن ثابتا(٢) ٠ وهو قول الاحناف والمالكية بخلاف الشافعية والحنابلة القائلين : بانه يصلح للدفع والاثبات ٠

نعود الى شرح هذين الاعتبارين ، واثرهما في الاجراءات :

فالمفقود : اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ، ولكنه خفي الاثر كالميت باعتبار ماله(٣) ٠ فهو ذو شبهين : شبه بالحي في أول حاله ٠ وشبه بالميت باعتبار ماله ٠

اولا ـ اعتباره حيا ، وذلك في حق نفسه ، وماله ، وزوجه ٠ لانه انسان كان معنا يزاول اعماله ، وحياته على هذا كانت متيقنة ، ولم يثبت ضدها (الموت) بصورة متيقنة ، وان كان استمرار الحياة بعد الفقد غير

---

(١) المغني ١٠٣/٨ وما بعدها .
(٢) راجع المبسوط ٥٤/٣٠ .
(٣) راجع المبسوط ٣٤/١١ ، وشرح السراجية للسيد الشريف الجرجاني ٢٢١ ، ٢٢٢ .

متيقن ايضا • فبقي عندنا الحكم استنادا الى استصحاب الحال التي كان عليها اولا •

فنقول : باستمرار حياة المفقود ، استصحابا للاصل الذي كان عليه المفقود ، لئلا نزيله بالظنون • في سبيل ابقاء ما كان على ما كان ، لا لنثبت بهذا الاستصحاب شيئا لم يكن ثابتا من قبل ، فان ذلك ليس بحجة(1) •

وتفريعا على هذا ، فان اموال المفقود ترعى ، وتحفظ ، وتنمى ، ولا تعتبر تركة لاقربائه ، لعدم تيقن موته • لان شرط الارث تحقق موت الشخص الموروث •

ثانيا — اعتباره ميتا • وذلك لاننا لا نثبت له من ميراث ابيه الذي مات حال فقده • لان شرط الارث تحقق حياة الوارث ، بعد وفاة الموروث ، وحياة المفقود غير متحققة ، وانما حكمنا ببقائها استصحابا للحال ، في ابقاء ما كان على ما كان ، لا في اثبات ما لم يكن ثابتا في السابق •

فابقينا اموال المفقود على ملكه ، لانها ثابتة له مسبقا فبقيت كذلك •
والى هذا الحد يصلح استصحاب الحال للاحتجاج به عند الحنفية والمالكية •

اما تركة ابيه : فكانت ملكا للاب ، لا ملكا لابنه المفقود ، فلا يصلح استصحاب الحال حجة لاثبات شيء لم يكن في عداد ملك المفقود في الاصل•

حكم المفقود من خلال هذين الاعتبارين :

وبعد التأمل في هذين الاعتبارين ، بخصوص المفقود ، نجد ان فقهاء الشريعة الاسلامية اخذوا بهذا المبدأ تحقيقا للاحتياط في أمر المفقود •

فأبقوا له صفة الحياة ، ولم يقسموا امواله بين ورثته ، ولم يورثوه ممن مات من اقربائه حالة فقده ، قبل الحكم بوفاته •

وحاسبوا ورثته ، وورثة مورثه بالاضر احتياطا •

---

(1) راجع المبسوط ٥٤/٣٠ •

واعتبروا ظهور النتيجة ، بمجيئه حيا بالفعل ، أو موته حقيقة ، أو صدور حكم قضائي بوفاته .

قال ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالى :

ثم بعد الحكم بموته يعطى ماله من يرثه وقت الحكم ، بأن يستمر حيا الى فراغ الحكم . فمن مات قبله ، أو معه لم يرثه ، ولا تتضمن قسمة الحاكم الحكم بموته الا إن وقعت بعد رفع اليه ، لان الاصح ان تصرف الحاكم ليس بحكم الا اذا كان في قضية رفعت اليه ، وطلب منه فصلها ، ويعلم مما تقرر :

انه لا يكفي مضي المدة وحدها ، بل لابد معه من الحكم »(1) .

فعلى سبيل المثال : لو فقد شخص ولم يعلم حاله ، وفي تلك الفترة توفيت اخته الشقيقة ، وتركت من الورثة : زوجا ، واختين شقيقتين ، والاخ الشقيق المفقود ، واريد تقسيم تركتها ، فالمعول به هو تطبيق مبدأ الاحتياط بموجب الاعتبارين السابقين ، وذلك بأن نعمل في القسام الشرعي جدولين :

الاول ــ تفترض فيه حياة المفقود ، واثر ذلك الافتراض على حصص الورثة كلا على انفراد .

والثاني ــ نفترض فيه وفاته ، واثر ذلك على كل وارث ، قلة ، وكثرة .

ثم نعطي كل وارث حاصل اقل الافتراضين .

ويبقى الباقي من التركة موقوفا ، لحين ظهور نتيجة المفقود ، لاحظ ذلك في الجدول الاتي :

---

(1) تحفة المحتاج ٦/٤٢٢ ، وشرح السراجية للسيد الشريف ٢٢٣ .

جدول افتراض حياة المفقود :

توفيت عن	٨
زوج	٤
اخت شقيقة	١
اخت شقيقة	١
اخ مفقود	٢

فأنت تلاحظ ان المسألة صحت من ثمانية اسهم :

للزوج النصف (اربعة) اذ ليس للزوجة المتوفاة ذرية ، وذلك لقوله تعالى :

« ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد . فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين ... »(١) .

والباقي للاخوة : المفقود وشقيقتيه ، للذكر مثل حظ الانثيين .

وذلك على اعتبار ان المفقود حي .

اما جدول افتراض وفاة المفقود فهو :

توفيت عن	٧/٦
زوج	٣
اخت شقيقة	٢
اخت شقيقة	٢

تلاحظ في مسألة افتراض موت المفقود ان اصلها ستة ، وعالت الى سبعة اذ ان نصيب الزوج النصف ، وهو ٣/٦ ، ونصيب الاختين الثلثان ،

---

(١) سورة النساء – الاية ١٢ .

وهو ٦/٤ عالت المسألة الى سبعة . والعول هنا :

زيادة في السهام يستلزم نقصا في نصيب كل وارث ، تطبيقا للنص ما امكن ، وقياسا على ما اذا ضاق المال بالديون ، فيقسم تقسيم غرماء(١) .

فأنت تلاحظ اقل النصيبين لكل وارث في الجدولين فتعطيه اياه . فالزوج كان له في الجدول الاول ٨/٤ وفي الجدول الثاني ٧/٣ فنعطيه الاقل منهما والاختان كان لكل منهما في الجدول الاول ٨/١ وفي الثاني ٧/٢ لكل واحدة فتعطي كلا منهما الاقل من الاعتبارين وهو ٨/١ .

وبداهة سيبقى مال موقوف ، ينتظر به نتيجة أمر المفقود . وهذا جدول اوسع ، يجمع الجدولين من أقل مضاعف بسيط لكلتا المسألتين . (باعتبار الحياة ، واعتبار الوفاة) بنتيجة واحدة . فأصل المسألة الاولى (٨) واصل الثانية (٧) واقل مضاعف لهما العدد (٥٦) .

توفيت عن :	افتراض حياة المفقود	افتراض وفاة المفقود	النتيجة الاولى ٥٦
	٨	٧	سهما من التركة للزوج
زوج	٤	٣	٢٤ اسهم للاخت الشقيقة
اخت شقيقة	١	٢	٧ اسهم للاخت الشقيقة الاخرى
اخت شقيقة	١	٢	٧
اخ شقيق مفقود	٢		
السهام الموقوفة			١٨ نتيجة المفقود النهائية سهما تبقى موقوفة لحين ظهور

وتبقى السهام الموقوفة يرعاها القضاء ، أو دائرة رعاية القاصرين(٢) .

(١) راجع التحفة الخيرية مع الفوائد الشنشورية ١٥٢ .
(٢) انظر المادة : الثالثة ، والمادة الاربعين من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

فاذا ظهر ان المفقود حي ردت المحكمة على الزوج اربعة اسهم من المسألة ٥٦/٤ ليتم له النصف بلا عول . وما بقي فهو حصة الاخ المفقود ، الذي ظهرت حياته . وان ظهر المفقود ميتا اعيدت السهام الموقوفة (١٨) الى الاختين ليحصل لهما الثلثان عائلين ، ويبقى نصيب الزوج نصفا عائلا ايضا .

فانك تلاحظ في الجدول الموسع ان الورثة اعطوا الاقل من الاعتبارين ـ أي اعتبار الحياة ، واعتبار الوفاة للمفقود .

ثم نعطي الوارث مضروب أقل العددين ، من افتراض حياة المفقود ، ووفاته ، الحاصل من ضرب سهمه في مسألة الحياة بأصل مسألة الوفاة ، أو ضرب سهمه في مسألة الوفاة بأصل مسألة الحياة، كما لاحظت ذلك في الجدول المتقدم ، اي اننا نختار حاصل أقل الضربين فنعطيه الوارث ، وخذ مثالا اخر لزيادة الايضاح .

توفى رجل عن :	افتراض حياة المفقود ٢٤	افتراض موت المفقود ١٢	النتيجة الاولى ٢٤
زوجة	٣	٣	٣
ام	٤	٤	٤
اخ شقيق	—	٥	
ابن مفقود	١٧	—	
الاسهم الموقوفة			١٧

فانك تلاحظ ان الزوجة أخذت الثمن ٢٤/٣ في حالة افتراض حياة الفرع المفقود ، بينما أخذت الربع ١٢/٣ في مسألة افتراض موت المفقود .

كذلك الام أخذت السدس ٢٤/٤ في مسألة افتراض حياة الفرع المفقود بينما أخذت الثلث ١٢/٤ في مسألة افتراض وفاة الفرع المفقود . ذلك لان الزوجة والام تحجبان بالفرع الوارث حجب نقصان . بمعنى ان نصيب الزوجة ربع تركة زوجها ان لم يكن له فرع وارث ، وهو الابن وابن

الابن ، وان نزل ، والبنت ، وبنت الابن وان نزل • فان كان فرع وارث أخذت الثمن بنص القرآن • ومع المفقود تحاسب بالاقل من احتمالي حياته ، ووفاتـه •

كذلك الام نصيبها الثلث ، وقد تحجب حجب نقصان ، فينقص نصيبها من الثلث الى السدس بسبب وجود الفرع الوارث ، أو العدد من الاخوة أو الاخوات • فقد أخذت في مسألة فرض المفقود حيا السدس ٤/٢٤ ، بينما أخذت الثلث عند افتراض وفاة المفقود وهو ٤/١٢ أما الاخ الشقيق فمع الابن محجوب حجب حرمان ، ولذلك لم نعطه شيئا في مسألة افتراض حياة الابن المفقود ، بينما في مسألة وفاة المفقود جعل عصبة يأخذ ما تبقيه اصحاب الفروض ، وهو هنا ٥/١٢ ، وفي حالة ظهور وفاة المفقود يأخذ نفس النسبه من المسألة النهائية وهي ١٠/٢٤ ، ويكمل للزوجة الربع ، وكذلك يكمل للام الثلث ، من الاسهم الموقوفة •

وقانون الشريعة الاسلامية في الميراث يقسم الورثة الى قسمين اصحاب فروض وعصبة :

١ ــ اصحاب فروض : وهم كل من له في الميراث نسبة معينة من التركة ، كالنصف والربع والثمن ، والسدس ، والثلث • فاذا أخذ اصحاب الفروض نصيبهم ، فما بقي فهو للعصبة •

٢ ــ العصبة : وهم عصبة الميت الذين لم يحدد لهم في الميراث قدر ثابت • كالابن ، والاخ ، وابن الابن ، وابن الاخ ، والعم ، وابن العم ، والبنت مع الابن ، وبنت الابن مع ابن الابن •

وهناك قول لبعض ائمتنا في موضوع التركة التي يكون المفقود أحد الورثة فيها ، هو : ان يقدر موت المفقود ، ويوزع الميراث على الورثة الحاضرين ، ويؤخذ منهم الكفيل ، فيما اذا ظهر خلاف الحكم ، بأن ظهر انه حي ، وثبت ذلك ببينة ، وحينئذ تسترجع حصة المحجوب حجب حرمان

كلهـا ، وتسترجع الزيادة من المحجوب حجب نقصـان ، لثبـوت حيـاة المفقود(١) .

والطريقة الاولى أحوط ، فقد تتلف الاموال ، ويموت الكفيل في حالة لا يوجد فيها ضمان لحق المفقود .

واذا ترجح لدى القضاء اصدار حكم بوفاته ، فانه يصدره بالشـروط التي سنبحثها قريبا ان شاء الله تعالى ، ثم تقسم التركة وفق جدول افتراض وفاته ، كما تقدم قريبا . كل ما تقدم فيما اذا مات احد اقرباء المفقود ، حالة الفقد ، قبل البت في حياته أو موته . أما اموال المفقود نفسه فهي على ملكه قطعا الا ان يثبت موته فعلا أو يصدر قرار قضائي بذلك .

وفي هذه الحالة ــ فترة الفقد ــ تبقى نفقة زوجة المفقود ثابتة في مالـه وكذلك نفقة اولاده الصغار ، وكبار الاناث ، وكبار الذكور المصابين بمرض مزمن ان كانوا فقراء ، ووالديه المحتاجين(٢) .

وحين يكون جريان النفقة مستمرا في مال المفقود ، على زوجته وفرعه ، واصله ، بالشكل المتقدم ــ مع ان المفقود غير حاضر ، فانما يتم ذلك وفـق اصول معينة ، واجراءات معلومة .

أ ــ فمن ذلك : ان جريان النفقة ، وتحديدها انما يتم بعلم القضـاء ، وموافقته .

ب ــ ان يتحقق لدى القاضي سبب الانفاق ، سـواء كان ذلك عقـد الزوجية ، ام ثبوت نسب الاولاد من المفقود ، وكذا نسب اصولـه (الاب والام) .

حتى لو كان ذلك معلوما لدى القاضي ــ كأن يعلم ان هذا ابن المفقود، وتلك زوجته ، وذلك ابوه ــ جاز له الاعتماد على علمه ، ولا يطالبهم باثبات ذلك ، عن طريق شهود التعريف العدول ، ومختار المحلة . علما بانه لو فعل

---

(١) الفوائد الشنشورية شرح الرحبية ٢٠٧ .
(٢) المبسوط ٣٩/١١ ، ومغنى المحتاج ٤٤٧/٣ .

ذلك فلا مانع • احتياطا •

وللقاضي ان يأخذ منهم كفيلا ، ورغم ان الاستيثاق بأخذ الكفيل ليس بواجب على القاضي ، لكن الاحوط ان يأخذ الكفيل ، لاحتمال ان يكون المفقود قد طلق الزوجة قبيل فقده ، أو عجل لها النفقة لمدة(١) •

اما غير هؤلاء ـ الزوجة والاصول والفروع ـ فلا ينفق عليهم من مال المفقود لان النفقة من مال المفقود علتها الجزئية والبعضية ، ونفقة غير الاصول والفروع بطريق البر والصلة ، والاحسان اليهم ، وذلك لا يتم فعله الا من قبل المالك ، وهو هنا مفقود • ثم ان القاضي وان كان منصوبا بصفته ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه ـ كالمجنون والصبي والمفقود ـ فان ولايته محصورة فيما يرجع الى النظر للمفقود فيما يعود عليه بالمصلحة ولا مصلحة للمفقود في صرف امواله على غير زوجه واصله ، وفرعه •

ثم ان الاصل عند الفقهاء : ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي ، له ان ينفق منه ، ومالا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه(٢) •

وانما جاز صرف النفقة على الزوجة والاولاد والوالدين ، من مال المفقود لاسباب :

١ ـ لان الزوجة تستحق النفقة بالعقد ، ولم يستجد ما يقطعها من موت أو طلاق •

٢ ـ ان الزوجة لا تزال محبوسة عليه ، وفي عصمته •

٣ ـ عقد الزواج حق للزوج في زوجته ، وبقاؤه بدوام النفقة ، فصرفها حفظ لهذا الحق(٣) •

٤ ـ ولان الولد جزء من المفقود ، فينفق عليه حفظا لنسله ، وقد ورد في

---

(١) المبسوط ٣٩/١١ •

(٢) بدائع الصنائع ٣٨٥٧/٨ •

(٣) المبسوط ٣٩/١١ ، وتبيين الحقائق ٣١١/٣ •

حديث الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم : « خـذي ما يكفيـك وولدك بالمعروف »(١) •

٥ ــ والوالد اصل للولد ، وهو اولى الناس ببره ، قال تعـالى : وصاحبهما في الدنيا معروفا ••• » ومن المعروف القيام بكفايتهما عند الحاجة •

والاحفـاد ملحقـون بالاولاد ، والاجداد والجدات ملحقـون بالاباء والامهـات(٢) •

على ان من اتصف من هؤلاء بالغنى فليس له نفقة في مال المفقـود الا الزوجة ، فنفقتها في مال زوجها ، سواء أكانت غنية أم فقيرة ، لان استحقاق الزوجة للنفقة بالعقد ، مع قطع النظر عن فقرها ، وغناها •

اما غير الزوجة فان استحقاقه باعتبار الحاجة ، وبغناه ينعدم استحقاق الانفاق »(٣) • فالفقهاء متفقون على استحقاق الزوجـة والفرع والاصل للنفقة من مال المفقود ، رغم اختلافهم في تعليل هذا الاستحقاق •

فالحنفية يرون انه من قبيل تمكين المستحق من أخذ حقه ، ولو تمكنوا من ذلك كان لهم ان يأخـذوه ، ويعينهم القاضي على ذلك ، ولا يعتبرونـه حكما على الغائب ، في المشهور عندهم •

بينما يرى الجمهور انه حكم على الغائب استكمل الشـروط ، كمـا تقدم في الفصل الثاني • وصلاحيات القاضي التي تحدثنـا عنها في صـرف النفقـة ، ان يصرف من النقـد الموجود في اموال المفقود ، وكـذا ان كان للمفقود طعام ، أو ثياب من جنس ما تصرفه الزوجة والفروع والاصول ، أو غلة تدر عليهم كالايجارات ، أو استيفاء ديون للمفقود على مدينين •

اما ما سوى ذلك فلا • كما انه ليس من صلاحيـة الزوجـة والفروع والاصول بيـع شيء أو التصرف فيما ليس من جنس حقهم ، لان الشـارع رخص لهم ان يأخذوا من جنس حقهم الكفاية بالمعروف ، لقوله عليه الصلاة

---

(١) فتح الباري ٤٠٨/٩ ، ومختصر صحيح مسلم ٢٣٤ •

(٢) مغني المحتاج ٤٤٧/٣ •

(٣) المبسوط ٣٨/١١ ، وبدائع الصنائع ٣٨٥٦/٨ •

والسلام « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » •

ديون المفقود ، وعقود ايجاره وما يستجد له من ممتلكات :

وبمناسبة الضمان وعدمه ، فان الديون التي للمفقود على المدينين تعتبر من جملة امواله التي يرعاها القاضي — أو الجهة التي يخولها الحاكم كرعاية القاصرين الان ويشرف على قبضها ، وحفظها ، والصرف منها على نفقة الزوجة ومن تثبت له من الفروع والاصول •

ومن الجدير بالاهتمام ان المدين لا تبرأ ذمته بمجرد تسليم الدين الى زوجة المفقود ، أو لولده ، بل لابد من تسليمه للقاضي أو من يأذن بتسليمه اليه • فلو اخل بهذا لم تبرأ ذمته ، ولابد من الدفع بالشكل المتقدم •

اما عقود الايجار التي ابرمها المفقود ، فانها تبقى صحيحة نافذة ، على اعتبار ان المفقود حي ، في ابقاء ما كان على ما كان ، عملا باستصحاب الحال • ولا تنفسخ عقود ايجاره ولابد للمستأجر ان يحصل على اذن القاضي بخصوص بدل الايجار لذلك لا يبرأ من المسؤولية لو سلم بدل الايجار للزوجة ، الا اذا اذن له القاضي بذلك ، كسائر المدينين لا تبرأ ذممهم من الدين الا بأذن القاضي وتعيينه جهة التسليم(١) •

واما ما تمنحه الدولة من نقد أو أرض ونحو ذلك فان كان ذلك تمليكا للمفقود أو الاسير فهو من جملة اموالهما ، وحكمه انه من جملة ممتلكاتهما قبل الفقد أو الاسر ، ويدخل تحت اشراف القضاء ، أو دائرة رعاية القاصرين •

أما حين يكون ذلك منحة من الدولة لذوي المفقو والاسير فهو عطاء لهم يتصرفون فيه حسب بيانات الجهة التي منحته • فان قالت : يجرى في تقسيمه مجرى قسمة الميراث فذاك ، والا فعلى الصورة التي توضحها بيانات الحكومة •

---

(١) المبسوط ٤٣/١١ •

المبحث الثاني – اموال المفقود بعد الحكم بوفاته :

تقدم في المبحث الاول اننا حين أخذنا بمبدأ استصحاب الحال جعلنا للمفقود اعتبارين ، وكانت الاجراءات مبنية على الاحتياطات كلما اختلفت نتائج الاحكام ، باعتباره حيا ، وباعتباره ميتا .

فكنا نعطي الورثة اقل النصيبين ، من حالة احتمال حياته ، واحتمال وفاته . واوقفنا الفاضل من التركة الى حين ظهور النتيجة .

فما هي النتيجة ؟ ومتى تظهر ؟

هذا ما سنتناوله بالبحث هنا ، ان شاء الله تعالى .

سبق ان عرفنا في الفصل الثاني ، عند الكلام عن انتظار زوجة المفقود – ان للفقهاء وجهات نظر متعددة واراء مختلفة ، ويمكن ان تأتي تلك الاراء هنا ، عند بحث امواله .

١ – فجمهور الفقهاء بحث موضوع الزوجة فقط ، لخطورة مسألتها(١) ، رفعا للضرر الذي اصابها ، وقد يسبب تعريضها للفتنة ، وسكت عن الاموال لعدم خطورتها ، ولانها اقل شأنا من ضرر الزوجة ، وقد يستدين الوارث أو يكتسب فيندفع الضرر ، بخلاف ضرر الزوجة بفقد زوجها . وهذا قول المالكية ، والشافعي في القديم ، كما ان ذلك رأي الحنفية(٢) .

٢ – ومن الفقهاء من يسوى بين الزوجة والمال . نظرا للدليل ، رغم الفرق في التعليل . ويقول : متى حكم بوفاة المفقود ، وجاز لزوجته ان تتزوج بعد العدة ، فلابد من الحكم بتقسيم امواله . اذ ان القول بزواج امرأته استنادا الى الحكم بوفاته يقتضي تقسيم تركته ، والا لقلنا بالشيء ونقيضه (اي بموت المفقود بدليل زواج امرأته وحياته بدليل بقاء امواله على ملكيته) .

وهذا هو قول الحنابلة رحمهم الله تعالى اجمعين(٢) .

---

(١) شرح المحلي على المنهاج ١٤٩/٣ ، وتحفة المحتاج ٢٥٤/٨ .

(٢) انظر المغني ١٠٣/٨ .

٣ ـ ومن الفقهاء ، من لم يحثهما اصلا ، وانتظر اليقين من موته حقيقة ، أو موت اقرانه ، أو مضي مدة لا يعيش اليها ، كما تقدم .

والنتيجة « على كل هذه الاتجاهات » فلابد بالتالي من الحكم بوفاة المفقود .

الحكم بوفاة المفقود :

فاذا ظهرت وفاة المفقود ببينة تطمئن اليها نفس القاضي ، أو حكمت المحكمة بعد مضي المدة التي ترجحت لديها ، بعد الاعلان عن فقده ، أو مضى عليه زمان لا يعيش اليه اقران المفقود عادة ، واقتنع بذلك القاضي ـ فعند ذلك تقسم امواله على من يرثه ساعة موته الحقيقي ، أو ساعة صدور حكم المحكمة بموته الحكمي .

ولذلك يحرم ابنه من ميراثه ، ان مات قبل صدور الحكم بوفاة ابيه المفقود . لان شرط ارث الابن ان يكون حيا ساعة وفاة ابيه ، أو الحكم بوفاته ان كان مفقودا ، وهذا حين تكون وفاة المفقود مستندة الى حكم القاضي ، اما لو وقعت وفاة ابن المفقود قبل صدور الحكم ـ الذي لم يجد ما يعتمد عليه ادق من هذا الاجراء ، ثم ثبت بالبينة ان وفاة المفقود كانت متقدمة على وفاة ابنه ـ فالعمل على تاريخ البينة التي اثبتت وفاة المفقود حسا ، دون تاريخ صدور الحكم بوفاته حكما .

لان صدور الحكم القضائي من الامور التي تعتمد على الاجتهاد والقرائن ، فاذا ثبت خطؤه بيقين ، فالعمل على اليقين ، ويرجع القضاء عن قراره . وقد جاء في وصية عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنهما ، قوله : « ولا يمنعنك قضاء قضيت به اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق . فان الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل »(١) .

---

(١) اعلام الموقعين ٨٦/١ .

اثر الحكم بوفاة المفقود في امواله قانونا :

وقد أخذ القانون في العراق بقول الحنابلة ، فانه بعد ان اوجب على المحكمة ان تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة وصولا الى معرفة كونه حيا أو ميتا ، وذلك قبل صدور اي حكم بالوفاة ــ اذن لها ان تصدر حكما بوفاة المفقود(١) • ويعتبر يوم صدور الحكم تاريخا للوفاة ، وعلى اساس ذلك تقسم تركته • فقد جاء في المادة ــ ٩٥ ــ من قانون رعاية القاصرين :

يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته » •

اما المادة ــ ٩٦ ــ فقد تضمنت تقسيم تركة المفقود على من يرثه يوم صدور الحكم بوفاته ونصها : « تقسم تركة المفقود المحكوم بموته وفق المادة ــ ٩٥ ــ من هذا القانون على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته » •

نموذج من القضاء العراقي :

وقد نظرت المحكمة الشرعية في بغداد ــ الرصافة عدد الاعلام ١٦٦ سجل العدد ٢٠٧١/٧٧ ق١ بتاريخ ١٩٧٧/٦/٤ في دعوى المفقود الذي خرج من داره لعمله ولم يعد ، وبعد التحري عنه اعلنت المحكمة عنه في الصحف ، وبعد ان تم التحقيق بخصوصه ولم يعثروا له على خبر ، وقد مضى على فقده اربعة عشر عاما ــ اقيمت الدعوى على القيم على المفقود ، فقررت المحكمة الحكم بموت المفقود وانحصار ارثه الشرعي ، في زوجته ، وابنه ، وبنتيه •

والزمت زوجته ان تعتد عدة الوفاة ــ اربعة اشهر وعشرة أيام ــ من تاريخ الحكم » في ١٧ جمادى الاخر ١٣٩٧ الهجرية الموافق ١٩٧٧/٦/٤ الميلادية ، وقد عرض هذا الحكم قبل التنفيذ على محكمة تمييز العراق • فصدق بالقرار التالي :

---

(١) المادة ــ ٩٤ ــ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ •

محكمة التميز ـ رقم الاضبارة ١٣٦٩ شخصية ١٩٧٧

تسلسل ١٣٢٦ في ١٣/٧/١٩٧٧

نموذج اخر :

اصدرت محكمة الاحوال الشخصية في الرصافة بتاريخ ٨ محرم الحرام سنة ١٤٠٤ هجرية الموافق ١٥/١٠/١٩٨٣ ـ حكما بموت المفقود ، واعتبار يوم صدور الحكم تاريخا لوفاته ، وان تقسم تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم ... نظرا لمرور اكثر من خمسة اعوام على اعلان فقده ، وعلى زوجته ... ان تعتد عدة الوفاة : اربعة اشهر وعشرة ايام من تاريخ هذا الحكم . بحيث لا تحل للازواج الا بعد انتهاء عدتها بالوجه الشرعي .

وبعد عرض القرار على محكمة التميز اقرته كما جاء ذلك في ديوانها :

رقم الاضبارة ٨٢٤ ـ شخصية ٨٣ـ٨٤ تسلسل ٨٥٤

الموضوع اثبات وفاة . التاريخ ٥/١١/١٩٨٣

نص القرار :

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز بالنظر للاسباب المبينة فيه صحيح ، وموافق للشرع والقانون . لذا قرر تصديقه ، وصدر القرار بالاتفاق في ٥/١١/١٩٨٣ .

ومن خلال هذه النماذج القضائية نلاحظ ان القانون والقضاء في العراق يحذو حذو مذهب الحنابلة ، من حيث انه حين يقتنع القضاء باصدار حكم بوفاة المفقود ، يجعل ذلك الحكم عاما في زوجته ، وامواله . فكما ان زوجته تعتد عدة الوفاة ، وبانتهائها يحل لها ان تتزوج ، فكذا امواله تعتبر تركة وتقسم على من يعتبر وارثا يوم صدور الحكم .

في حين ان الحنفية ، والشافعية على الجديد لا ينظرون في مسألة

زوجة المفقود ، ولا في امواله ، حتى يترجح لدى القاضي موته بالشكل الذي قدمناه .

اما المالكية الذين عرفوا بالاخذ بمبدأ رفع الضرر عن زوجة المفقود وكانت لهم التقسيمات التي لم تعرف عن غيرهم قصروا الحكم على الزوجة ، ومنعوا الخوض في مسألة اموال المفقود ، وقالوا : فانه بعد مضي مدة التعمير يحكم الحاكم بموته(1) .

واستدلوا على التفرقة بين الزوجة والمال بالنقل والعقل :

1 ـ فقالوا : ان النظر في زوجة المفقود هو الذي عرف عن الصحابة القول به ، والقضاء بموجبه ، دون المال .

2 ـ والفارق بين المال والزوجة واضح ، لان بقاء المال لا ينجم عنه من الضرر ما يسوغ لنا التصرف في مال الغير من غير تيقن موته ، اما بقاء الزوجة فينجم عنه من الضرر الفادح ما يبرر الخوض في مسألتها .

اما وجهة نظر الحنابلة فهي الاخرى لها من انوجاهة ما يطمئن الاخذ بها . فهم يقولون : حين يرفع امر المفقود الى القضاء وينظر فيه ، ويقنع باصدار قرار وفاة حكمية تبيح لزوجته الزواج بعد انتهاء عدتها منه ، (عدة الوفاة) فذلك حكم بوفاة شخص معين ، واثرها في امواله عين اثرها في زوجته . والا فكيف تعتد زوجته وتتزوج ، باعتباره متوفي ، وتبقى امواله يرعاها القيم باعتباره حيا ؟ ولاجل هذا اخذ بقولهم (الحنابلة) القضاء عندنا ، كما هو الحال في القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 ، حيث جاء في المادتين : 21 ، 22 ما يلي :

المادة ـ 21 ـ يحكم بموت الذي يغلب عليه الهلاك بعد اربع سنين من تاريخ فقده ، واما في جميع الاحوال الاخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا ، أو ميتا .

المادة ـ 22 ـ بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة بالمادة السابقة

---

(1) حاشية الدسوقي 2/301 .

تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم »(1) •

عودة المفقود :

حين يعلن عن وفاة المفقود استنادا الى قرار المحكمة ، فهي وفاة حكمية، وليست وفاة حسية مبنية على أمر محسوس ، وهو مفارقة الروح للجسد ، وتسمى ايضا وفاة تقديرية ، اي قدر القاضي وفاة المفقود ، بناء على اجراءات معينة ، وانتظار مدة كافية للتحري • ومع كل ذلك يمكن ان يكون المفقود في نفس الوقت حيا •

ولهذا الاجراء في الفقه الاسلامي نماذج كثيرة :

فان الفقهاء اضفوا على الجنين حياة تقديرية ، فاعتبروه وارثا ، وحجزوا له من التركة اكبر النصيبين ، من احتمال كونه ذكرا ، أو انثى ، مع احتمال ان يكون ميتا ، بل يمكن ان يكون مجرد انتفاخ ، وليس بحمل اصلا • ومثله وجود خنثى مع الورثة ، يحتمل ان يكون ذكرا ، كما يحتمل ان يكون انثى •

اذن : يمكن ان تظهر الايام خطأ الاجراءات القضائية • فيرجح احتمال حياة المفقود ، فيعود فعلا •

ولا تثريب على القضاء فيما اتخذه من الاجراءات ، بل ان القاضي مشكور ، ومأجور • حيث إن اجراءه سائغ ، لانه عالج مشكلة معقدة ، تعطلت بسببها كثير من المصالح ، وتضرر بها بعض الاطراف •

فالحكم القضائي اجتهاد سائغ ، وحل لمشكلة عصيبة ، سواء تبين في النهاية ان المجتهد اخطأ أم اصاب •

فقد يعود المفقود بعد سنين ، من صدور الحكم بوفاته ، وتقسيم امواله ــ عند من يسوى بين المال ، والزوجة ، كالحنابلة • وهو ما أخذ به القانون(1) ــ بين من يرثه من اقربائه ، وهذا ما سنتناوله بالبحث هنا :

---

(1) راجع المادة ٩٦ ــ من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ •

ابتداء نقول : كل تصرف بشأن اموال المفقود ، وزواجه لا يؤيده القاضي فهو تصرف غير مشروع ، ولا قيمة له .

فان عاد المفقود ، فان كل تصرف غير مأذون به من قبل القضاء فهو ملغي ويضمنه فاعله ، ويتحمل تبعة تصرفه .

وقد سبق ان عرفنا بأن القيم كان ينفق على زوجة المفقود ، وفروعه واصوله ، ويدير امواله الى حين الحكم بوفاته .

وبعد صدور الحكم بوفاته تنتهي وظيفة القيم ، وتصبح اموال المفقود تركة تنتقل ملكيتها الى ذمم الورثة . لان المفقود اصبح ميتا حكما . والميت يخرج عن كونه مالكا ، لانه فقد الاهلية .

ومن ثم حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على فعل الخير في حالة الصحة ، وكمال القوى وحين سأله رجل عن : اي الصدقة اعظم ؟ قال : ان تصدق وانت صحيح شحيح ، تخشى الفقر وتأمل الغنى ، ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت :

لفلان كذا ولفلان كذا ، الا وقد كان لفلان »(١) اي ان المال خرج من يدك وصار ملكا للورثة .

وبناء على هذا فان ما صرفه القيم على زوجة المفقود وفروعه واصوله

١ — ان كان من جنس حقهم في النفقة فلا يضمنه ، لانه تصرف مستند اجراء صحيح ، واذن من القاضي .

فبعد ان يتحقق القيم من صحة عقد الزوجية ، وبقاء الزوجة في عصمة المفقود ، وتثبت عنده نسبة الاولاد الى المفقود ، بطرق الاثبات الاصولية ، ويقصر النفقة على الزوجة والصغار ، وكبار الاناث ، والمضطرين من كبار الذكور ، بعد هذا كله — ينفق ولا ضمان عليه ، حتى وان عاد المفقود كامل الاهلية(٢) . وذلك لان النفقة حق الزوجة — موجودا كان الزوج أو

---

(١) متفق عليه . راجع مختصر صحيح مسلم رقم ٥٣٨ .

(٢) المبسوط ٣٨/١١

مفقودا ــ كما انها حق الاولاد بالشرط المتقدم ، وحق الوالدين كـذلك • والقاضي له ولاية الاتفاق ، فكان اذنه بالصرف والاتفاق عليهم كفعل المفقود بنفسه ، بل اكثر من هذا : ان الشرع الشريف اذن لهـم عند الحاجـة ان يأخذوا كفايتهم من مال الزوج من غير قضاء ان ظفروا به ، لحديث الصحيحين المتقدم : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » نخطابا لزوجة ابي سفيـان رضي الله عنهما •

٢ ــ اما ما اخذوه ــ الزوجة أو الاصـول ، أو الفـروع ــ من غير جنس حقهم ، كبيع بعض العروض فيضمنونه بعد عودة المفقود •

٣ ــ كذلك لو باع القاضي من اموال المفقود مالا يخشى عليه الفساد فانه يضمن ، اذا لم تدع ضرورة الى بيع شيء من اموال المفقود(١) •

اما ان دعت الضرورة الى بيع شيء من اموال المفقود فيجوز ذلك ولا ضمان على المخول بالبيع • وقد رخص اكثر الفقهاء البيع للضرورة ، ما لم يكن المال عقارا(٢) •

خصوصا اذا خيف عليه الفساد ، وقد رخص بعض الفقهاء في بيع العقار الدين مستغرقا قيمة العقار ، بالاجماع ، وان لم يكن مستغرقا باع بقـدر الدين ، لعدم الحاجة الى بيع اكثر من ذلك •

وهذا قول قاضي القضاة ابي يوسف الانصـاري ، والامام محمد بن الحسن الشيباني • وقول شيخهما ابي حنيفة ــ رحمهم الله تعالى ــ جواز بيع الكل عند الضرورة ، لان بيعـه بحكم الولايـة ، فاذا ثبتت في البعض ثبتت في الكل ، لانها لا تتجزأ »(٣) •

وقد ذكر الفقهاء بعض الحالات التي يجوز فيها بيع العقـار ، اذا كان بيعه حفظا له ، كأن يكون قريبا من مجرى النهر ، وصار ممرا لماء النهـر ، ولم يمكن حفظه ، لتعذر الحصول على كلفة الصيانة •

---

(١) المصدر السابق •
(٢) تبيين الحقائق ٢١٢/٦ •
(٣) تبيين الحقائق ٢١٢/٦ •

ومع ذلك منعه بعضهم ، فقال : ... واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع » وقالوا في صورة ما اذا خيف هلاك العقار بوقوعه على مجرى النهر : بأن ذلك نادر ، والاصح انه لا يملك »(١) .

٤ ــ وكذلك يضمن المستأجر ما سلمه من بدل الايجار العقاري ، أو الغلة ــ الى زوجة المفقود ، واولاده ، ووالديه ، من غير اذن القاضي . أو من خوله بتسلمها(٢) .

فيضمنه المستأجر ، ولا تبرأ ذمته الا بدفعه الى القاضي ، أو مأذونه ، واذا عاد المفقود ، فلا يبرأ المستأجر الا بدفعه اليه .

ومثله سائر الديون ، والودائع : لا تبرأ ذمة المدين والمودع الا بالتسليم للقاضي أو من يأذن له بتسلمها(٣) .

٥ ــ فما وجده المفقود العائد من امواله بعينه لخذه مطلقا اتفاقا . اما ما لم يجده فهل يرجع على من اخذه بالضمان .

في المسألة للفقهاء قولان :

القول الاول : يرجع بالضمان على من أخذ امواله الاخرى ، اما الموجودة بأعيانها فيأخذها اتفاقا ، كما تقدم .

وهذا احد القولين عند الحنابلة ، وربما رجحه صاحب الانصاف رحمه الله تعالى ، حيث قال : « اذا قدم المفقود بعد قسم ماله اخذ ما وجد بعينه ، ويرجع على من أخذ ، نص عليه في رواية ابن منصور »(٤) .

القول الثاني ــ انه لا يرجع على احد بشيء ، لان الورثة اخذوه بموجب حكم شرعي . « لان ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخالف

---

(١) المصدر السابق .
(٢) المبسوط ٤٣/١١ ، وتبيين الحقائق ٣١١/٣ .
(٣) اللباب في شرح الكتاب ١٣٤/٢ .
(٤) الانصاف ٣٣٩/٧ .

كتابا أو سنة ، أو اجماعا » (١) .

وهو رواية عن الامام احمد رحمه الله تعالى حيث قال : انما قسم بحق لهم »(٢) أي انهم تملكوه بحكم شرعي سليم ، ولا ضمان على من تصرف بحكم قضائي . ولو كان حكم القاضي يحتمل الضمان ، لما اصبح له تلك الاهمية الكبيرة »(٣) .

والذي أميل اليه هو القول الاول . اذ ليس في نقض قرار القاضي ضير ، ولا كبير ضرر . بالاخص اذا تعلق به ضمان حق حضر صاحبه .

٦ ــ وما سبق ذكره في ميراث المفقود من تركة من مات من اقربائه ، وان كل وارث يعطي الاقل من احتمالي حياة المفقود ووفاته ، ويبقى الزائد موقوفا الى حين ظهور النتيجة ــ يعاد النظر في المسألة بعد عودة المفقود . فيأخذ النصيب الذي قدر له في جدول افتراض حياته ، ويعامل الورثة على اساس حياته ، لانها اصبحت واقعا .

ففي المسألة التي كان الورثة فيها : زوجة ، واما واخا شقيقا ، وابنا مفقودا ــ نعملها بعد عودة المفقود كالاتي :

توفي رجل عن :	٢٤	فتصبح المسألة الحسابية من : اربعة وعشرين سهما
زوجة	٣	اسهم حق الزوجة لوجود ولد للمتوفي = ٨/١
أم	٤	اسهم حق الام لوجود ولد للمتوفي = ٦/١
المفقود العائد : ابن	١٧	سهما نصيب الابن لانه عصبة يأخذ ما بقي
اخ شقيق	ــ	لا شيء له لانه محجوب بالابن ، وحده

---

(١) المغني ١٠١/٨ .
(٢) الانصاف ٣٣٩/٧ .
(٣) الاحوال الشخصية . الشيخ ابو زهرة ٥٣١ .

وحين اعطينا الزوجة الثمن ، عملا بالاحوط ، لاحتمال حياة المفقـود ، وفرضنا لها اقل الاحتمالين • فلما ظهرت حياته ، وعاد ، اقرت على ما بيـدها وهو الثمن (١/٨ = ٣/٢٤) وكذا الحال مع الام اعطيناها السدس ، وهو اقل الاحتمالين (١/٦ = ٤/٢٤) •

وحرمنا الاخ الشقيق عملا بأسوأ الاحتمالين ، لانه في جـدول احتمال موت الابن المفقود أخذ (٥/١٢) وفي جدول احتمال حيـاة الابن المفقـود لا شيء له • فحجبناه ابتداء • حتى اذا جاء الابن المفقود ، بقي على حجبه وان تحققت وفاته اعيدت له حصته من الحصص الموقوفة ١٧/٢٤ وهي :

١٠/٢٤ واعيد الى الام فرق نصيبها وهو ٤/٢٤ + ٤/٢٤ =١/٣ كما يعاد الى الزوجة فرق نصيبها وهو ٣/٢٤زيادة على ما اخذته وهو ٣/٢٤ = ٦/٢٤ = ١/٤ •

وفاة زوجة المفقود قبل عودته ، والارث منها له عدة حالات :

أولا ـ ان تتوفى زوجة المفقود حال فقده ، قبل صدور حكم بوفاتـه ، ثم يعـود •

ثانيا ـ ان تتوفى بعد صدور الحكم بوفاته ، قبل انتهاء العدة ثم يعود •

ثالثا ـ توفيت بعد صدور الحكم بوفاته ، وبعد انتهاء عدتها ثم عاد •

رابعا ـ توفيت بعد صدور الحكم بوفاته ، وبعد انتهاء عدتها ، والعقد عليها من قبل زوج جديد ، وقبل الدخول عاد المفقود •

خامسا ـ توفيت بعد صدور الحكم بوفاته ، وانتهاء عدتها وزواجهـا بثان دخل بها •

هذه هي الصورة المحتملة في وفاة زوجة المفقود قبل عودته ، وسنتكلم عن كل صورة منها بشيء من البيان الموجز :

الصورة الاولى :

حينما تتوفى زوجة المفقود اثناء فقده ، وقبل صدور حكم بوفاتـه ثم

يعود ـ فهي زوجته ، ويوقف من تركتها نصيب زوجها المفقود ، على اعتبار انه حي وتنتظر نتيجته ، على اعتبار انه مفقود .

فان ظهرت وفاته قبل زوجته ، فلا يرث منها شيئا ، ويقسم المال الموقوف على من كان وارثا لها ساعة الموت . اما هو (المفقود) فمحروم من الميراث لان شرط الميراث تحقق حياة الوارث ساعة موت المورث . وقد ثبت موت المفقود قبل مورثه (زوجته) .

اما ان ظهر حيا حقيقة ـ كأن عاد بالفعل ، أو كاتب اهله ، أو كلمهم هاتفيا ـ فانه يأخذ مما وقف لاجله ، من تركة زوجته ، وهو الربع ١/٤ ان كان لها ذرية ، سواء كانت هذه الذرية منه ، ام من زوج سابق ، كابنها أو ابن ابنها ، أو بنتها أو بنت ابنها .

فان لم يكن لها ذرية ، فان الزوج المفقود العائد يأخذ النصف ١/٢ وذلك لقول الله تعالى : « ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد ، فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن ، من بعد وصية يوصين بها أو دين ... »(١) .

الصورة الثانية :

فان صدر الحكم بوفاته ، ولا تزال زوجته في العدة ، وقبل انتهائها ماتت الزوجة ثم عاد المفقود ـ فهل يرثها باعتبارها زوجته في الباطن ، ولا تزال في عدته ؟ ام لا ؟ باعتبار انها اصبحت اجنبية بعد الحكم بوفاة زوجها ؟

في الحقيقة صدور الحكم القضائي بالوفاة التقديرية ظاهرا فقط عند جمهور الفقهاء . فاذا تبين خطأ قرار المحكمة ، فانه يعتبر منقوضا .

ولذلك قالوا : لو حكم الحاكم بموت المفقود ، واعتدت زوجته ، وقبل انتهاء العدة عاد المفقود ، انتقض القرار وعادت زوجة له بالاتفاق .

لظهور الخطأ في قرار المحكمة . وقد جاء في خطاب الخليفة الراشد عمر بن

---

(١) سورة النساء الاية ١٢ .

الخطاب رضي الله عنه ، الذي يعتبر منهجا قيما ، ونموذجا فريدا في ادب القضاء : « ولا يمنعنك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق . فان الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطن ... »(1) .

الصورة الثالثة :

ان تتوفى بعد صدور الحكم بالوفاة وانتهاء العدة ، ثم يعود المفقود . فعند جمهور الفقهاء هي زوجته (المفقود العائد) ويرثها ، ويعتبر القرار منقوضا لثبوت خطأ الاجتهاد .

ولبعض الفقهاء وجهة نظر مفادها : انه متى صدر الحكم بوفاة المفقود وانتهت عدة زوجته بعد الحكم ملكت نفسها ، ولا سبيل للمفقود عليها حتى لو عاد ، اي ليست زوجته ، ولا يرثها ان ماتت ، ثم عاد .

وهو قول : ربيعة بن ابي عبدالرحمن ، وابي الخطاب من الحنابلة ، وبعض الامامية(2) وأساس الخلاف بين هؤلاء الفقهاء وبين جمهور الائمة : ان هؤلاء يعتبرون قضاء القاضي نافذا ظاهرا وباطنا . بينما الجمهور يعتبرون ان القضاء ينفذ ظاهرا فقط ، ولا يلزم ان يكون في الباطن كذلك .

اذ ربما يعتمد على الاجتهاد ، والمجتهد قد يخطىء ، وقد يصيب . فاذا تبين ان الواقع خلاف القضاء المبني على الاجتهاد ، فعاد المفقود ، فلا سند للاصرار على نفوذه ، مع ظهور خطأ الاجتهاد . مستدلين بقول عمر رضي الله تعالى عنه في الجملة المتقدمة : ولا يمنعنك قضاء قضيت به اليوم ... ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل . اذن فهي زوجة المفقود العائد ، وهو الذي يرثها على الراجح ، عند جمهور فقهاء المسلمين .

---

(1) اعلام الموقعين ١/٨٦ .

(2) المحلى ١٠/١٣٨ ، والانصاف ٩/٢٩٠ ، وفقه الامام جعفر الصادق ٦/٤٥ .

صورة الرابعة :

وهي عين الصورة التي قبلها وزيادة : انها بعد انتهاء العدة خطبت وعقد ليها وقبل الدخول ماتت ، ثم عاد المفقود •

فجمهور الائمة يعتبرون عودة المفقود ناقضة لقـرار المحكمـه ، وان واجها الاول هو الصحيح ، وان زوجها الذي يرثها هو المفقود العائد(١) •

وللمالكية قول : بأن المفقود العائد يخير • فان اختارها فهي زوجته ، وهو الذي يرثها(٢) •

اما الذين يرون نفوذ القضاء ظاهرا وباطنا فقد تقدم رأيهم : بانها زوجة ثاني ، وهو الذي يرثها ، ولا علاقة للمفقود العائد بها ، لانهـا بانت منـه لقضاء وانتهت العدة ، وتزوجت غيره •

صورة الخامسة :

اما اذا توفيت زوجة المفقود بعد قرار الحكم بوفاته ، وانتهاء عدتهـا ، وزواجها بثان ، ودخل بها الثاني غير عالم بأن المفقود على قيد الحياة ، لا عدتها منه باقية ، ثم بعد كل هذا توفيت ، وبعد ذلك عاد المفقود •

ـ فهناك من الفقهاء من يرى ان عودة المفقود تهدم كل اجراء ، وتلغي كل اثر نشأ عن ذلك ، لان عودة المفقود نقضت الاجتهاد ، فلم يعد نافذا ، لا ظاهرا ولا باطنا • فهي زوجة المفقود العائد وهو الذي يرثها •

٢ ـ وهناك من الفقهاء من يصحح حكم الحاكم ، ويعتبره نافذا في الظاهـر والباطن ، خصوصا عندما يحصل دخول الثاني غير عالم بحياة المفقود ، ولا انها معتدة منه •

وعلى هذا فهي زوجة الثاني ، وهو الذي يرثها ، ولا زوجية بينها وبين لفقود العائد حينئذ •

لان الفرقة بينهما اعتضدت بحكم حاكم ، وانتهاء عدة ، وعقد جـديد

---

(١) الموطا بهامش المتقى ٤/٩٣ ، والانصاف ٩/٢٩١ •
(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ٢/٤٨٢ •

ودخول(١) • والى هذا ذهب مالك ، وشيخه ربيعة بن ابي عبدالرحمن ، وهو قول جماعة من الحنابلة(٢) : كأبي الخطاب ، وابي طالب ، وتقي الدين ابن تيمية •

وهو قول من يرى بأن الفرقة التي يوقعها القضاء تنفذ باطنا وظاهرا وهو قول اكثر الامامية(٣) •

والمشهور مما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، في الحادثة التي حصلت ، وقضى بها : انه خير المفقود العائد ، بين رجوعه اليها ، وبين الصداق ، حتى بعد الدخول من الثاني ، وهو الذي حصل ، فاختار الصداق، وقال : قد حبلت لا حاجة لي فيها(٤) • علما بان هناك رواية اخرى عن عمر رضي الله عنه ، انها ان تزوجت ولم يدخل بها الثاني فلا سبيل لزوجها الاول اليها(٥) • معنى ذلك انه ان دخل فمن باب اولى •

ورغم ان الرواية الاولى هي المشهورة عن الفاروق رضي الله عنه ، وهي التي تتفق مع فكرة نفوذ القضاء ظاهرا فقط ، وأخذ بها كثير من اكابر فقهائنا — الا ان الرواية الثانية صحت عنه رضي الله عنه ، وأخذ بها الكثير ايضا من اكابر فقهائنا ، كمالك ، وشيخه ربيعة بن ابي عبدالرحمن ، وكثير من الحنابلة ومن يقول : ينفذ القضاء ظاهرا وباطنا • لما اعتمدت عليه من امور :

١ — هو ان الفرقة بين الزوجة وزوجها المفقود الذي عاد فيما بعد اعتضدت بحكم حاكم • والحاكم له ولاية النظر في الامور ، ورفع الضرر ، كهذه الحالة •

---

(١) المدونة الكبرى المجلد الثاني ٤٤٩/٢ ، والموطا بهامش المنتقى ٩٣/٤ والشرح الكبير ٤٨٠/٢ ، والانصاف ٢٩٢/٩ •
(٢) الانصاف ٢٩٢/٩ ، والمحلى ١٣٨/١٠ والمغني ١٠٢/٨ •
(٣) الروضة على اللمعة الدمشقية ١٥٨/٢ ، فقه الامام جعفر الصادق الصادق ٤٤/٦ ، ٤٥ ، وشرائع الاسلام للحلي ٤٠/٣ •
(٤) المغنى ٩٧/٨ •
(٥) المدونة الكبرى ٤٥١/٢ •

٢ ـ ان الفترة التي بين القرار وبين زواجها ـ وهي العدة ـ قد انتهت .

وحين تنتهي العدة فمعنى ذلك ان الزوجة تنتقل الى مرحلة جديدة(١)، فالفقهاء الذين قالوا بهذا اعتبروا ان الفرقة هذه فيها معنى الطلاق المتحقق بدخول الزوج الثاني بها . وقالوا : لو جاء المفقود وهي في العدة عادت اليه زوجته لان عودته بمثابة رجعته .

٣ ـ ان هذه الخطوات ـ حكم الحاكم ، وانتهاء العدة ـ تبعها عقد صحيح ودخول « استند الى حكم حاكم ، لم يخالف فيه كتابا ولا سنة ولا اجماعا ، فلا يجوز نقضه »(٢) .

وهذا هو الذي أميل الى ترجيحه ، والقضاء بموجبه . وبالله تعالى التوفيق .

صور ميراث زوجة المفقود :

١ ـ اذا ثبت موت المفقود قبل مراجعة القضاء ، فلزوجته ميراثها من تركته ، اتفاقا ، لانها زوجته ، ولم تزل في عصمته ، ولم يحدث ما ينفي زوجيتها .

٢ ـ واذا صدر حكم قضائي بوفاة المفقود ، قسم ماله على من يرثه يوم صدور الحكم بوفاته ، والزوجة من جملة الورثة ـ ما لم تكن على غير دين زوجها المسلم . حيث لا توارث بين اهل ملتين ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يرث المسلم الكافر ، ولا يرث الكافر المسلم(٤) .

فهي زوجة لا تزال في عصمة زوجها ، ولها النفقة في مال المفقود ، فاذا

---

(١) المصدر السابق ٢/٤٤٩ .
(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ٢/٤٨٠ .
(٣) المغني ٨/١٠١ .
(٤) روى البخاري ومسلم من حديث اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنهما واللفظ لمسلم . انظر مختصر صحيح مسلم ـ كتاب الفرائض ٩٦٤ وصحيح البخاري ٤/٢٠ كتاب الفرائض .

ثبتت وفاته أو حكم بها ، انقطعت النفقة، وثبت لها حقها في اميراث(١)٠ فتأخذ نصيبها من تركة زوجها ، وهو : ربع التركة ٤/١ ان لم يكن للزوج ذرية ، فان كان لـه ذرية فنصيبها الثمن ٨/١ ٠ والذرية هي الولـد ، ذكرا كان أو اثنى ٠ كالابن وابن الابن وان نزل ، والبنت ، وبنت الابن وبنت ابن الابن ، سواء كان الولد منها ـ هذه الزوجة ـ ام من غيرها لقول الله سبحانه :

« ٠٠٠ ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولـد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ٠٠٠ »(٢) ٠

٣ ـ اما اذا صدر الحكم القضائي بوفاة المفقود ، وقبل انتهاء العـدة ثبتت وفاة المفقود بشكل قطعي ـ ورثته ، واعتدت عدة الوفاة مجـددا من يوم الوفاة الحقيقية ، عند جمهور الفقهاء(٣) ٠

٤ ـ واذا تبين ان وفاة المفقود حصلت بالفعل بعد انتهاء عدتها المستندة الى تاريخ صدور الحكم بالوفاة ، ولم تتزوج بعد : فهي زوجة المفقـود ، ترث منه ، وتعتد لوفاته الحقيقية ، عند جمهور فقهائنا ٠

والذي اعتمده الامامية عدم ارثها منه بعد انتهاء العدة ، حتى لـو لم تتزوج بثان(٤) ٠

٥ ـ فاذا تزوجت امرأة المفقود ، بعد كل الاجراءات المتقدمة ، وقبل الدخول ثبتت وفاته بشكل قطعي :

فالجمهور من فقهائنا يثبتون بقاء زوجيتها من المفقود ، وميراثها منه ، وعدتها مجـددا لوفاته الحقيقيـة ٠ ومن ثم يفرق بينهـا وبين الزوج الثاني(٥) ٠

---

(١) المغني ١٠٠/٨ ، والمبسوط ٣٩/١١ ، والروضة ١٥٨/٢ ٠
(٢) سورة النساء الاية ١٢ ٠
(٣) المدونة الكبرى ٤٥٢/٢ ، والمغني ١٠٠/٨ ، وشرائع الاسلام ٤٠/٣
(٤) شرائع الاسلام الحلي ٤٠/٩ ، ومنهاج الصالحين للسيد محسن الحكيم ٣٢٠/٢ ٠
(٥) المدونة ٤٥٢/٢ ٠

٦ ـ فان لم تثبت وفاة المفقود بالشكل القطعي ، الا بعد كل الاجراءات السابقة مع العقد عليها ودخول الثاني بها ـ فعلى القول الذي أيدنا ترجيحه : لا ترث من المفقود ، وليس عليها العدة لوفاته هذه ولا يفرق بينها وبين زوجها (الثاني) الا اذا اقدم على الزواج بها وهو يعلم حياة المفقود ، أو بقاء عدتها منه ، فان اقدم على زواجها مع علمه بهذا ـ يفرق بينهما ، وحينئذ ترث المفقود(١) وتعتد لوفاته الحقيقية هذه ، ويفسخ زواجها من الثاني ، وتحرم عليه حرمة مؤبدة ، رغم انها تحسب لدخوله حسابه ، من حيث استبراء الرحم(٢) .

٧ ـ اما اذا تزوجت بعد انقضاء عدتها من المفقود ، بثان ، وبعد الدخول مات الثاني ، فلها ميراثها من المفقود اتفاقا . وكذا لها ميراثها من الثاني(٣) .

المبحث الثالث ـ اموال الاسير :

من خلال تعريفنا للاسير عرفنا انه انسان حي معلوم المكان بشكل عام . ولذلك فان حكمه كحكم السجين ، تبقى أمواله على ملكه ، لا تنتقل عنه الا بسبب يبرر نقل ملكيتها عنه .

وتبقى زوجته في عصمته لا يفرق بينهما الا بسبب مشروع يبرر ذلك كما تقدم في مبحث زواج الاسير .

وذلك لان دم المسلم وعرضه وماله حرام على المسلم ، كما ورد ذلك في الحديث الشريف ، « لا تحاسدوا ، ولا تناجشوا ، ولا تباغضوا ، ولا تدابروا ، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، وكونوا عباد الله اخوانا ، المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ، ولا يخذله ، ولا يحقره ، التقوى ههنا ، ويشير الى صدره ثلاث مرات ، « بحسب امريء من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه »(١) .

---

(١) المدونة ٢/٤٥٣ .
(٢) المغني ٨/١٠٣ .
(٣) المدونة ٢/٤٥٣ .
(١) رواه مسلم في صحيحه . انظر مختصر المنذري رقم الحديث ١٧٧٥ .

واسباب نقل الملكية معروفة من اهمها :

(١) الموت : لان ذمة الانسان بالموت تنعدم ، ولم يعد أهلا للتملك ، وبموته تنتقل ملكيته الى ذمم الورثة بشكل تلقائي ، بدون علمهم ، ولا ارادتهم . فاذا ثبت لدينا أن الاسير قد توفي فحينئذ تنتقل ملكيته الى ورثته ، وسواء في ذلك الموت الحسي ، والموت الحكمي .

فالموت الحسي ان تفارق الروح الجسد بشكل محسوس ، يثبت بالبينة ، ويستفيض الخبر .

والموت الحكمي : هو أن يصدر القضاء حكما بوفاة الاسير بعد مدة يقررها غاية لما يصل اليه اقرانه من العمر ، قيل عند بلوغه تسعين سنة ، وقيل مائة . لان الغالب لا يعيش اكثر من ذلك .

وقدره قاضي القضاء ابو يوسف الانصاري رحمه الله تعالى بمائة سنة ، وقدره شيخه ابو حنيفة رحمه الله تعالى بعشرين ومائة(١) .

وترددت أقوال فقهاء المغرب وقضاتها بين السبعين والثمانين سنة(٢) . والصحيح ان تقدير ذلك متروك الى رأي القاضي ، لان كل مسألة تقتضي نظرا يختلف باختلاف ذات الاسير والمفقود ، والجهة التي أسرته .

قال الامام فخر الدين عثمان الزيلعي رحمه الله تعالى :

« والمختار انه يفوض الى رأي الامام ، لانه يختلف باختلاف البلاد ، وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص . فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة انه مات ، لا سيما اذا دخل في مهلكة ، وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا لاختلاف آرائهم فيه ، فلا معنى لتقديره »(٣) .

وبعد اقتناع القاضي بالمدة التي يقررها يصدر الحكم بوفاة الاسير ، ويفهم زوجته بوجوب الاعتداد بعدة الوفاة .

---

(١) انظر تبيين الحقائق ٣/٣١١ ، ٣١٢ .
(٢) انظر الشرح الكبير ٢/٤٨٢ .
(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/٣١٢ .

ويورث الموجودين من ورثته ساعة صدور الحكم بالوفاة ، أما من مات منهم قبل صدور الحكم بالوفاة فلا يرث شيئا ، لان شرط الارث حياة الوارث بعد وفاة المورث مباشرة حسية كانت الوفاة أم حكمية •

(٢) ومن اسباب انتقال الملكية الردة :

فاذا ارتد المسلم عن دينه فانه يستتاب ، وتكشف شبهته ان كان له شبهة ، فان أصر على ذلك قتل • لقوله صلى الله عليه وسلم :

« لا يحل دم امريء مسلم يشهد أن لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة »(١) •

فاذا ثبت لدينا أن الاسير قد ارتد عن الاسلام طائعا بانت منه زوجته، ووقف ماله ، فان عاد الى الاسلام عادت ملكيته اليه ، وفي الحالتين يستمر الصرف من امواله على زوجته واولاده ، واصوله المحتاجين •

وان مات على ردته فجمهور الفقهاء يرون ان امواله فيئا مآله بيت مال المسلمين •

ويرى جمهور الحنفية ان اموال المرتد بعد موته تنقسم الى قسمين :

الاول : ما اكتسبه حال اسلامه فلورثته من المسلمين •

الثاني : ما اكتسبه بعد الردة ولحاقه بالعدو فهو فيء لجماعة المسلمين(٢) •

وسئل الامام سحنون التنوخي عما يراه شيخه الامام مالك فقيل له :

« أرأيت المرتد اذا لحق بدار الحرب أيقسم ميراثه في قول مالك ؟ قال : قال مالك : يوقف ميراثه أبدا حتى يعلم انه مات ، فان رجع الى الاسلام كان أولى بماله ، وان مات على ارتداده كان ماله ذلك لجميع المسلمين ، ولا يكون لورثته »(٣) • اما ان كان ارتداده عن اكراه فلا ينشأ عن ردته شيء من

---

(١) رواه مسلم عن مسعود رضي الله عنه . انظر مختصر المنذري رقم ١٠٢٣ .

(٢) انظر الهداية للمرغيناني ٢/١٦٥ ، ١٦٦ •

(٣) انظر المدونة الكبرى المجلد الثالث /٣٨٨

ذلك ، فتبقى زوجته في عصمته ، وأمواله على ملكيته • وبالله تعالى التوفيق •

صداق زوجة المفقود :

الصداق : بفتح الصاد وكسرها ، ويقال ايضا : الصدقة • بفتح الصاد وضم الدال ، كما يقال : الصدقة بوزن الغرفة(١) •

وسمي المال المدفوع للزوجة صداقا اشعارا بان الزوج صادق في اقدامه على الزواج بها ، ومعاشرتها بالمعروف(٢) •

ويسمى المهر ، والاجر ، والحباء ، والنحلة ، والفريضة ، والعقر ، والطول(٣) • والمهر هو المال المستحق للمرأة بالعقد الصحيح ، أو الدخول بالفعل(٤) •

وقد ثبتت مشروعية صداق المرأة بكتاب الله تعالى ، وسنة رسوله واجماع الامة • قال الله سبحانه : « واتوا النساء صدقاتهن نحلة ••• »(٥)•

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيان المهر لمن اراد ان يتزوج امرأة — في قصة ذكرها المحدثون — « التمس ولو خاتما من حديد »(٦) • وعلى هذا اجمع فقهاء الامة الاسلامية من غير مخالف •

والمهر حق من حقوق الزوجة على زوجها ، كما انه اثر من الاثار الناشئة عن عقد الزواج •

ولم يشرع الاسلام المهر شرطا لصحة عقد الزواج ، بل لو تم العقد بالايجاب ، والقبول والشهود من غير ذكر المهر اصلا — فان المهر يثبت ،

---

(١) راجع القاموس المحيط ١٤٢/٢ ، ومختار الصحاح ٤٨٠ •

(٢) المغني للخطيب الشربيني ٢٢١/٣ •

(٣) المغني لابن قدامة ١٣٧/٧ ، وحاشية رد المختار ٣٥٧/٢ •

(٤) المهذب ٥٧/٢ •

(٥) سورة النساء الاية ٤ •

(٦) رواه البخاري ومسلم . انظر فتح الباري ٢٥١/٩ •

ويلزم الزوج بدفعه ، وحتى لو اتفق الزوجان على ان لا مهر ، فانه يثبت ، ولا عبرة بالاتفاق .

وليس المهر عوضا يدفعه الزوج كما يفهم بعض الناس من تشبيهه بالبدل أو الثمن ولاجل هذا فلا يجب ذكره في العقد ، ولو كان عوضا أو بدلا كالثمن والاجرة لوجب ذكره ، ولفسد العقد بجهالته ، على غرار بقية العقود فانها تفسد بعدم ذكر العوض ، أو جهالته(١) .

معاذ الله ان يكون المهر ثمنا للمرأة ، أو لجمالها ، أو للالتذاذ بها ، لان الحر لا يملك . جاء في السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « اعظم النساء بركة ايسرهن مؤنة »(٢) .

والزوجة شريك الزوج ، ونظيره ، وجليسه ، وصاحبه بالجنب .

فكرامتها نوع من كرامة زوجها ، وتصور هو انها حكم بهوانه ، وضعته . وليس الزوج مالكا للزوجة بدفع المهر ، وانما يؤدى حقا من الحقوق على وجه العبادة الالهية نتيجة عقيدة اسلامية(٣) .

وقد شرع الله تعالى المهر واعتبره واجبا على الزوج . اظهارا لشرف عقد الزواج ، واشعارا بكرامة المرأة ورفعة قدرها ، لان ما يصعب الوصول اليه يعز في الاعين بعد الحصول عليه(٤) .

فالمهر اذن عطاء ناشيء عن عقيدة ، بل هو بحد ذاته عقيدة . قال الله سبحانه : « واتوا النساء صدقاتهن نحلة »(١) .

والنحلة والنحل العطاء .

ويمكن ان تكون النحلة هنا مرادا بها المعتقد ، والملة ، والدين .

---

(١) الاحوال الشخصية ـ ابو زهرة ١٧٩ .

(٢) المهلب ٥٧/٢ .

(٣) مستل من مجلة كلية الشريعة . العدد السادس سنة ١٤٠٠ ، نظرة الشريعة الى المغالاة في المهر .

(٤) فتح القدير ٤٣٦/٢ .

(١) سورة النساء ٤ .

وجمعها نحل • مثل : ملة ، وملل(1) •

حكمة الزام الزوج بالمهر :

ولما كان تشريع المهر اشعارا برفعة مكانة المرأة ، وسمو مقامها — فمن المعلوم منطقيا ان الذي يدفعه هو الرجل الخاطب ، واما المرأة فهي المخطوبة ، والمرغوب فيها •

ولا يتناسب مع تكريمها ان تكلف باعداد المهر ، قليلا كان أو كثيرا •

على ان طبيعة المرأة لا تتفق والخروج للكد ، والمزاحمة بغية الحصول على المال ، بل ان في خروجها لهذا الغرض تعريضها للفتنة ، والابتذال •

بخلاف الحال في الرجل • فان ذلك به الصق ، واليق • خصوصا وانه الراغب في زواجها •

وبناء على هذا : فان ما عليه بعض المجتمعات قديما وربما حديثا — من الزام الزوجة بالمهر ، أو تأثيث منزل الزوجية ، ونحوه ، أمر غير مشروع ولا معقول ، فضلا عن انه ينتج مساوىء ، واضرارا فادحة(2) •

واصل فكرة تكليف المرأة بالمهر ، أو المساهمة فيه عرف يوناني قديم • فانهم كانوا يسمون الهدية التي يعدها اهل الزوجة من النقود ، والثياب ، والجواهر (البائنة) •

وقد الف المجتمع اليوناني نظام البائنة ، التي إن لم تتيسر للفتاة لم يطمع في زواجها احد ، وقد تجمع الاسرة ، واقرباؤها البائنة تسهيلا لزواج الفتاة(1) وقد اثقلت هذه الاعراف كواهل اهلها حتى انتقدها كثير من باحثيهم حينما اصبحت سبيلا الى زلل كثير من الفتيات الفقيرات • فان

---

(1) تفسير الزمخشري 1/470 ، وعمدة القاري شرح صحيح البخاري 20/136 •

(2) بحث مستل من مجلة كلية الشريعة العدد السادس : المغالاة في المهر •

(3) قصة الحضارة . تأليف ول ديورانت . المجلد الثاني الجزء الثاني 112 •

الواحدة منهن حريضة على الزواج ، ولكن لا تجد المال ، فتسعى بجمع بشتى الوسائل • وكثيرا ما تهوى في الرذيلة اثناء جمع المال ، فتستعيض عن الزواج باتخاذ الاخلاء • وكلتا النتيجتين شر ، وضرر(١) •

وبعد ان ثبت بالعقل والنقل ان المهر حق للمرأة ، واجب على الزوج فور ابرام العقد ـ جاز ان يكون كله معجلا • يتفق على تعجيله في العقد • وجاز ان يكون كله مؤجلا • الى حين انتهاء الرابطة الزوجية بموت أو طلاق وجاز ايضا الاتفاق في العقد على تعجيل بعض المهر ، وتأجيل البعض الاخر(٢) •

ومن المعلوم ان الزوجة تستحق المهر بالعقد بصورة مجملة •

واذا طلقت قبل الدخول استحقت نصف المهر المسمى بالعقد • لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ••• »(٣) •

اما اذا وقعت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول فتستحق المهر كاملا ، ولا يسقط منه شيء(٤) •

واذا مات احد الزوجين استحقت الزوجة المهر كاملا ، ولم يسقط منه شيء • سواء كان الميت هو الزوج ـ فتستحق المهر وترث نصيبها من التركة ـ ام الزوجة ـ فيضاف المهر الى تركتها •

وزوجة المفقود : ان ثبت انه طلقها قبل الدخول ، وقبل ان يفقد استحقت نصف ما سمي لها من المهر • تنفيذا للاية المتقدمة •

واذا كانت مدخولا بها من قبله فقد استحقت المهر كاملا :

فان كان معجلا كله قبضته ، وان كان مؤجلا ، أو بعضه فهو مستحق لها بموته أو طلاقه •

---

(١) الزواج والطلاق • زكي الدين شعبان ٦٥ •
(٢) المغني ١٤٩/٧ •
(٣) سورة البقرة ٢٣٧ •
(٤) المهذب ٥٧/٢ •

وحيث لم يثبت طلاقه فلا يدفع لها من هذه الحيثيــة ، ولكن ينظر الى موته ، فلما لم يمت حقيقة ، ولم يصدر حكم قضائي بموتــه ، يبقى المهــر مؤجلا • فان ظهرت وفاته يقينا ، أو صدر حكم قضائي بوفاته فانها تستحقه كاملا ، بوفاته الحقيقية وبعد صدور قرار الحكم بوفاته •

وذلك على الخلاف المتقدم في المدة التي يرجــح القاضي مضيها على فقــده • وكذلك الحكم فيما اذا لم يدخل المفقود بالزوجة بعد •

ذلك لان المهر يتقرر ، ويثبت جميعه بالوفاة مطلقا ، سواء كانت قبــل الدخول أم بعده(١) •

المهر في القانون :

وقد نص القانون العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على استحقاق الزوجة المهر بمجرد العقد • جاء ذلك في الفقــرة الاولى من المادة التاسعــة عشرة • كما نص على تجويز تعجيل المهر ، وتأجيله كلا ، أو بعضا •

وصرح بان المهر المؤجل يتقرر وتستحقه الزوجة كاملا بالوفاة مطلقا ، أو الطلاق بعد الدخول • جاء ذلك في المادة العشرين بفقرتيها •

كما صرح بأن المهر يتقرر كاملا بالدخول ، وبوفاة احد الزوجين ، وان المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر المسمى • كمــا جاء ذلك في المــادة الحادية والعشرين •

ومن خلال ما تقدم يفهم ان زوجة المفقود ان طلقها قبل فقده ، ولم يكن قد دخل بها ، فانها تستحق نصف ما سمي لها ، بعد التحقق من اثبات زوجيتها بالمفقود وطلاقها منه ، وثبوت فقده •

اما اذا طلقها بعد الدخول فتستحق عليــه المهــر كاملا ، بعد اتخــاذ الاجراءات المتقدمة : تثبيت العقد ، واثبات الطلاق ، وتحقق فقــد الزوج ، بما يدفع اي التباس •

---

(١) راجع المهذب ٥٧/٢ ، وتحفــة المحتاج ٤٠٣/٧ ، وشــرح الخرشي ٢٦٠/٣ •

نموذج من القضاء :

جاء في قرار محكمة تمييز العراق الصادر في ١٩٨٤/١/٢١ رقم الاضبارة ١٥٢٣/شخصية/٨٣ ـ ٨٤ تسلسل ١٥٦٩ :

نقض الحكم بالمهر المؤجل على المفقود ، الذي طلق زوجته بموجب الدعوى المقامة في احدى محاكم القطر برقم ٣١٦/ش/٩٨١ ، وذلك لاسباب منها :

١ ـ عدم التأكد من فقدان الزوج بطريق رسمي .

٢ ـ عدم ربط كتاب الفقد الرسمي باضبارة الدعوى .

٣ ـ عدم ربط حجة القيمومة في اضبارة الدعوى المقامة على قيم المفقود .

٤ ـ عدم التحقق من ان الحكم الصادر بالطلاق اكتسب درجة البتات ام لا .

ومن خلال هذه الملاحظات يتبين لنا : انه لو سارت المحكمة المميز حكمها بالدعوى على الشكل المطلوب لصدقت محكمة التمييز الحكم بالمهر المؤجل على المفقود ، لاستكمال الاجراءات بموجب الشرع الشريف .

هذا ما يسر الله تعالى لي تحريره مما تمس الحاجة لذكره من احكام المفقود والاسير ، ومن يلحق بهما . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه ومن اهتدى بهديه ، وسلم تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين .

اهم النتائج والتوصيات التي ظهر لي رجحانها من خلال البحث :

١ ـ ان الاجراءات المتعلقة بالمفقود ـ سواء كانت مما يخص زواجه أم مما يخص امواله ـ لا تتسم بالطابع الشرعي الا اذا تأيدت من جهة قضائية . ذلك لان المفقود بمقتض غيبته يعتبر في حكم القاصر ، والقضاء هو الذي يتولى شؤون القاصرين .

٢ ـ ان التصرف على المفقود مع عدم القطع بوفاته ظاهره انه خلاف الاصل، ولكن عندما يكون فقده مبعث تضرر الاخرين ، أو عندما يكون الفقد ملحقا الضرر بمصالح المفقود نفسه ، بضياع امواله ، أو اصوله ، أو

فروعه ، أو زوجته ــ حينئذ جاز التصرف عليه ، دفعا للضرر ، كما جاز بيع اموال المدين المحجوز عليه وتقسيمها على الدائنين، من غير اشتراط رضاه ، ضمانا لحقوق الاخرين •

٣ ــ اغفل قانون رعاية القاصرين ومثله قانون الاحـوال الشخصية اشتراط العدالة في الوصي والقيم • رغم ان القانون اعتبر ثبوت الجنايـة أو الجنحة المخلة بالشرف من موجبات عزل القيم(١) • ومثل ذلك ثبـوت الخيانة في حسابات القيم •

الا ان هذا غير كاف لتحقيـق الغـرض من نصبه • فلابد من اشتراط العدالة بمفهومها الشرعي •

٤ ــ تعرضت المادة ــ ٥٠ ــ من قانون رعاية القاصرين لتخصيص الاجـر للوصي ومثله القيم ، وشرطت موافقة مجلس رعايـة القاصرين ، وان لا يتجاوز الاجر عشرة من المائة من الوارد السنوي ، وهو غير دقيق• والاولى جعلها كالاتي :

« يجوز تخصيص اجر لمن يقوم بادارة اموال القاصر بموجب قرار من مجلس رعاية القاصرين ، فيعطى الاقل من : اجر مثل قيامه بهذا العمل، وعشرة من المائة من مجموع الوارد السنوي للاموال التي يديرها » •

٥ ــ هناك حالات يحق للزوجة ان تطلب من المحكمة التفريق بينهـا ، وبين زوجها لاحدى هذه الحالات ، سواء كان الزوج مفقودا أم موجودا ، سجينا ، أم اسيرا ، وهذه الحالات هي :

أ ــ اذا ترك الزوجة بلا نفقة مدة معينة •

ب ــ اذا فوض الزوج أمر الطلاق لزوجته اثناء العقد ، أو وكلها بايقاعه متى شاءت فلها استعمال صلاحيتها وفق ذلك التخويل •

ج ــ اذا التزم الزوج لزوجته بشرط في صلب عقد الزواج ، كان مـن

---

(١) الفقرة الاولى من المادة ــ ٨٤ ــ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ المعـدل .

حقها الفسخ بترك الوفاء بـه كالرهن والضمين في البيـع ، لان اجراءات التفريق لاحدى هذه الحالات أخف ، واسهل ، واسرع من اجراءات مسألة الفقد ، واقل خلافا .

٦ ـ المفقود في غير ظروف الحرب اذا اقامت زوجته ـ أو أحد ذوي العلاقة ـ الدعوى لدى القضاء فانه ينظر في الطلب ، ويتحقق من ثبوت زوجيتها منه ، وبقائها في عصمته ، لم تطلق ، وثبوت فقده بالطرق الممكنة ، وبعد ذلك يضرب لها مدة التربص ـ اربع سنين ـ يكتب فيها الى الجهات التي يظن وجوده ، أو معرفة خبر عنه فيها .
فاذا انتهت المدة ولم يعد ، ولم يأت منه خبر اصدرت المحكمة قرارا بوفاته وابلغت زوجته بان تعتد عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام ، ثم جاز لها بعد ذلك ان تتزوج .

٧ ـ المفقود في حالات الحرب : اذا راجعت زوجته القضاء نظر في طلبها واجرى التحقيق وثبت الزوجية وبقاءها ومفقودية الزوج ، ومشاركته في المعركة ، استنادا الى جهة مسؤولة .

ثم يفتش عنه بالطرق الممكنة ـ كالاستعانة بالهيئات الدولية والجمعيات الطبية ، وشبهها ، ومعرفة المعاملة التي تمارسها الدولة المحاربة مع الاسرى والمفقودين ـ وبعد ذلك يؤجلها القضاء سنة من تاريخ انتهاء التفتيش بعد التحقيق ، ويجوز لها بعد ذلك ان تتزوج .

٨ ـ الغائب معلوم المكان ان تضررت زوجته بغيابه لها الحق ان ترفع امرها الى القضاء ، فيكاتبه القاضي ليحضر ، أو يجلبها الى البلد الذي هو فيه ، أو يطلقها ، فان لم يفعل واحدة من هذه طلقها عليه ، كما يطلق على المولي . ومجهول المكان كمعلومه لوجود الضرر في كلتا الحالتين وقياسا على تطليقه على العنين . حتى ولو كان للزوجة في الحالتين نفقة (اي حالة معلومية المكان ومجهوليته) .

٩ ـ الاسير اذ علمت حياته فلا يقسم ماله ولا تجاب زوجته ان طلبت من

القاضي التفريق ، ما دامت نفقتها جارية ، وليس لها على زوجها شرط أو تخويل بالتفريق •

اللهم الا اذا خشيت على نفسها الوقوع في الرذيلة ، فالقضاء يسمع دعواها حينئذ ، درء للمفسدة ، ودفعا للضرر • ويقبل قولها في ادعائها ذلك • اما امواله فكأموال السجين ، لا تورث الا بعد موته حسا ، أو حكما •

١٠ـ اذا ثبتت ردة الاسير طوعا ، بلا اكراه انفسخ عقد زواجه ، وبانت زوجته وصارت امواله فينا مآلها بيت مال المسلمين •

١١ـ قد يعود المفقود بعد صدور قرار المحكمة بوفاته ، والاذن لزوجته بالتزام العدة ، وقد تخطب ، وتتزوج •

فان كانت عودة المفقود قبل دخول الزوج الثاني بها فهي زوجة المفقود العائد •

اما ان دخل بها الثاني ـ ولم يكن يعلم حياة المفقود ، ولا كون الزوجة في عدة وفاته ـ فقد انقطعت علاقتها بالمفقود ، واصبحت زوجة الثاني بالشرط المتقدم •

١٢ـ اذا نعي للمرأة زوجها ، ورفعت أمرها الى القاضي ، فانه يستدعي الشهود الذين نقلوا نعيه • فاذا اعتبر شهادتهم من طرق الاثبات الشرعية ، واصدر قرارا بالوفاة بناء على ذلك ، واشعرها بذلك ، وأمرها بالعدة ـ فاذا انقضت عدتها جاز لها التزوج •

فان عاد المنعي قبل دخول زوجها الثاني فهي للمنعي العائد •

اما ان دخل بها الثاني فهي زوجته ، ولا سبيل للمنعي عليها ، لاعتضاد قضاء القاضي بالدخول •

١٣ـ بعد ان يثبت القضاء علاقة المفقود بذويه الواجبة نفقتهم ، من فروعه واصوله ، المحتاجين ، وزوجته ، وبقاءها في عصمته ـ يقدر لهم من مال المفقود ما يكفيهم من النفقة المناسبة لحاله •

ـ اذا توفي قريب المفقود ، اثناء الفقد وقبل صدور قرار بوفاته ، وكان المفقود من جملة الورثة ـ نعمل في القسام الشرعي جدولا مفترضين حياة المفقود ، وجدولا مفترضين وفاته ، فاذا اختلف نصيب أي وارث في حال افتراض حياته عن حالة افتراض موته ـ فاننا نعطيه الاقل من الافتراضين عملا بالاحوط ، ومن كان من الورثة من يحرم من الميراث بالمرة في حال افتراض حياة المفقود ، ويعطي نصيبا معينا في حال افتراض وفاة المفقود فلا نعطيه شيئا . وعلى هذا سيكون في التركة فضلة تبقى موقوفة لدى الجهة المختصة لحين ظهور النتيجة : ان عاد المفقود أخذ نصيبه ، وان مات حقيقة أو حكما قسم المال بموجب جدول الوفاة .

١ـ تستمر عقود الايجار التي ابرمها المفقود ، نافذة المفعول ، ولا تنفسخ .

١ ـ اذا ثبت للقضاء ان على المفقود ديونا وفاها من امواله ، ولو ببيع بعض الاعيان .

١ـ لا تبرأ ذمة المستأجر من المفقود بدفع بدل الايجار لاحد اقربائه الا بأذن القاضي .

كما لا تبرأ ذمة المدين اذا سلم الدين لاحد اقرباء المفقود ـ كولده وزوجته ـ الا بأذن من القاضي .

١ـ اذا اصدرت المحكمة قرارا بوفاة المفقود اصبحت امواله تركة لمن كان وارثا يوم صدور قرار المحكمة .

١ـ اذا عاد المفقود بعد قسمة امواله بين الورثة ، فان كانوا تعجلوا القسمة من غير حكم قضائي فانهم يغرمون كل ما أخذوه ، لان تصرفهم بغير اذن شرعي ، ولا اجتهاد من قاض ينفذ حكمه .

اما ان اقتسموه بموجب حكم قضائي صدر بوفاته ، وصدق القسام الشرعي على اساس ذلك الحكم ـ فلا يخلو الامر :

فما وجده المفقود العائد من امواله قائما بعينه يأخذه اجماعا . اما ما استهلك فللعلماء فيه قولان :

الاول : يضمن ، لانه مال ظهر انه مستحق ، ونفوذ القضاء فيما لم يثبت خلافه . على ان اجتهاد القاضي سائغ ، ويدرأ اثم تصرف الورثة في المال .

الثاني : لا يضمن ، لانه قسم بموجب حكم شرعي ، وقضاء مأذون به .

« وقضاء القاضي لا يجوز نقضه الا اذا خالف كتابا أو سنة أو اجماعا » والذي أميل اليه الاول . اذ ليس في نقض قرار القاضي ضير ، ولا كبير ضرر خصوصا اذا تعلق به ضمان حق قد حضر صاحبه .

٢٠ـ اذا حكمت المحكمة بوفاة المفقود ، واذنت لزوجته بالزواج بعد انتهاء عدتها منه ، ثم عقد عليها ثان ، وقبل دخوله عاد المفقود فهي زوجته ويرثها .

فان حصل دخول الزوج الثاني بها ، ثم ماتت ، وبعد ذلك عاد المفقود فلا يرثها ، لانها بدخول الثاني بانت من المفقود ، وان عاد حيا .

٢١ـ اذا قضت المحكمة بوفاة المفقود ، واعتدت زوجه ، ثم عقد عليها وقبل دخول الزوج الجديد ثبتت وفاة المفقود حقيقة بالطرق القطعية ـ اعتبرت زوجته ، وورثت منه ، واعتدت ثانيا لوفاته الحقيقية ، واصبح الزوج الثاني اجنبيا . ويجوز له بعد انتهاء عدتها من المفقود ان يتزوجها مجددا بعقد جديد .

اما ان حصل دخول الزوج الثاني ، ثم ثبتت وفاة المفقود بطريق قطعي ـ فليست بزوجة له ، ولا ترثه ، ولا تعتد منه ، لانتهاء العلاقة بينها ، وبين المفقود بدخول الثاني .

٢٢ـ متى صدر الحكم بوفاة المفقود اعطيت زوجته صداقها الباقي بذمته ، ونصيبها من الميراث . سواء كانت مدخولا بها ام لا . وبالله تعالى

التوفيق . هذا ما ظهر لي رجحانه من خلال استعراضي لاقوال ائمتنا ، وسلفنا الصالحين . أو تخريجا على قواعدهم واقوالهم التي اعتمدوها. رحمهم الله تعالى .

واعوذ بالله ان اقول في دين الله بالرأي المجرد . حيث ان ذلك جرأة وافتراء على الله سبحانه .

قال تعالى : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب . ان الذين يفترون على الله الكذب لا يفلحون . متاع قليل ولهم عذاب اليم »(1) .

ولئن كان بعض هذه الاقوال يرى غريبا ، أو قاسيا في نظر بعض شرائح المجتمع المعاصر ــ فهي ولا شك من احكام الشريعة الاسلامية العملية المستنبطة من ادلتها التفصيلية .

ولا حرج على الحاكم المسلم ان يأخذ من اقوال السلف الصالح بما يراه دارئا للمفاسد ومحققا للمصالح . طالما لم يخالف في ذلك نصا ولا اجماعا . بدل التمسك بما الفه بعض المقلدين ، ولم يعرفوا غيره من اقوال بقية الفقهاء (عليهم جميعا رحمة الله تعالى ورضوانه) .

على ان في بعض ما عرفوه من اقوال الائمة ما لا يخلو من المشقة التي لا يطيقها كل احد ، وربما تعرض الضعيف الى العنت مما لا تحمد عقباه .

والا فماذا وراء سد الباب في وجه الشابة التي فقدت زوجها الا ان تعيش حياة الكبت ، والشقاء ، تتقلب بين وحشة فقد الزوج ، وبين مرارة الانتظار بلا حدود مما قد يجر البعض الى الزلل فالامتهان ، والعياذ بالله تعالى .

وهذا اخر ما تيسر لي جمعه وتدوينه ، فان اصبت فذلك محض فضل

---

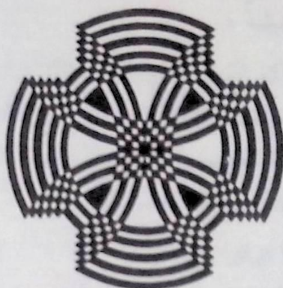
(1) سورة النحل الايتان ١١٦ ، ١١٧ .

الله تعالى علي ، وان اخطأت فالخير اردت ـ مع اني متبع لا مبتدع ـ وهذا مبلغ علمي ، وفوق كل ذي علم عليم ، وحسبي قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران ، واذا حكم فاجتهد ثم اخطأ فله اجر »(١) .

ومن الله تعالى التوفيق لسلوك اقوم طريق وصلى الله وسلم على رسوله محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه ، والحمد لله رب العالمين .



(٢) رواه الشافعي في رسالته ص٤٩٤ ، ومسلم في صحيحه (كتاب القضاء) مختصر المنذري ٨٠ .



مصادر البحث

١ـ القرآن الكريم .

٢ ـ احكام القرآن . للامام ابي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ ط. المطبعة البهية المصرية ١٩٤٧ .

٣ ـ الاحوال الشخصية . الشيخ محمد ابو زهرة . ملتزم الطبع والنشر ـ دار الفكر العربي .

٤ ـ الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية في المحاكم اللبنانية . الشيخ حسن خالد والدكتور عدنان نجا . منشورات المكتب التجاري بيروت ١٣٨٤ ـ ١٩٦٤م .

٥ ـ الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي . د. عبدالواحد كرم مطبعة المعارف . بغداد ١٩٧٩ .

٦ ـ اعلام الموقعين . شمس الدين ابن قيم الجوزية توفى ٧٥١هـ مطبعة السعادة ١٣٧٤ ـ ١٩٥٥م تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد .

٧ ـ الام . للامام محمد بن ادريس الشافعي . ط. شركة الطباعة الفنية . نشر مكتبة الكليات سنة ١٣٨١ .

٨ ـ الاقناع . لشرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفى سنة ٩٦٨هـ تعليق عبداللطيف السبكي المطبعة المصرية بالازهر .

٩ ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار . احمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ . مطبعة انصار السنة المحمدية . الاولى

١٣٦٧هـ ـ ١٩٤٨م ٠

١٠ـ بدائع الصنائع لترتيب الشرائع ٠ للامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المعروف (بملك العلماء) ٥٨٧هـ مطبعة الامام ـ القاهرة ٠

١١ـ التاج والاكليل لمختصر خليل ٠ محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق ٨٩٧هـ الناشر مكتبة النجاح ـ سوق الترك ـ طرابلس ط ـ ليبيا ٠

١٢ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٠ لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي وبهامشه :

١٣ـ حاشية شهاب الدين الشلبي ٠ مصورا عن المطبعة الاميرية ببولاق ١٣١٣هـ ٠

١٤ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٠ شهاب الدين احمد بن حجر الهيثمي ، بهامش حاشيتي ابن قاسم العبادي ، وعبدالحميد الشيرواني ٠ صورت بدار صادر ٠ بيروت عن الطبعة الميمنية ٠ لاحمد البابي الحلبي ١٣١٥هـ ٠

١٥ـ تدريب الراوي شرح تقريب النواوي للجلال السيوطي ٠ الناشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ٠

١٦ـ تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث ، للامام عبدالرحمن بن علي بن عمر الشيباني الشافعي اليماني ٠ اختصر به المقاصد الحسنة للسنحاوي في اربعة ايام اخرها الخميس ١٢ رمضان سنة ست وتسعمائة للهجرة ٠

١٧ـ الجامع الصحيح ٠ للامام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ٢٥٤هـ وبهامشه حاشية نور الدين ابي الحسن السندي ٠ ط٠ مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٢ ـ ١٩٥٣م ٠

١٨ـ الجامع لاحكام القرآن . ابو عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي المتوفى ٦٧٢هـ مصورا عن طبعة دار الكتب المصرية . الناشر : دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ١٣٨٧ ـ ١٩٦٧م .
١٩ـ الخلاف . ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي . الناشر : شركة دار المعارف في قم ـ ايران .
٢٠ـ رد المحتار على الدر المختار . محمد امين بن عمر الشهير بأبن عابدين ١٠٨٨هـ . ط مصطفى الحلبي .
٢١ـ روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني . ابو الثناء محمود الالوسي . مصورا عن الطبعة المنيرية . نشر دار احياء التراث . بيروت .
٢٢ـ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير . للقاضي الحسين بن احمد السياغي . الناشر مكتبة المؤيد في الطائف . الطبعة الثانية .
٢٣ـ الزواج والطلاق . زكي الدين شعبان . ط. الدار القومية ـ القاهرة ١٣٨٤هـ .
٢٤ـ الروضة البهية شرح اللمعة . زين الدين الجبعي العاملي . تصحيح عبدالله السيبتي ١٣٨٩ ـ ١٩٦٩ بيروت .
٢٥ـ زاد المعاد في هدى خير العباد . شمس الدين محمد بن بكر قيم الجوزية . ط : المطبعة المصرية ١٣٧٩هـ .
٢٦ـ سنن الدار قطني . للامام الحافظ علي بن عمر الدار قطني البغدادي المتوفى ٢٨٥هـ ومعه : التعليق المغني على الدار قطني لمحمد شمس الحق العظيم ابادى . الناشر : عالم الكتب ـ بيروت .
٢٧ـ السنن الكبرى للبيهقي . للامام الحافظ ابي بكر احمد بن الحسين البيهقي المتوفى ٤٥٨هـ الناشر : دار الفكر .
٢٨ـ شرائع الاسلام في معرفة الحلال والحرام . نجم الدين جعفر بن حسن

الحلي • مطبعة الاداب في النجف ، ط• الاولى ١٣٨٩ ــ ١٩٦٩ •
تحقيق عبدالحسين محمد علي •
٢٩ــ شرح الاربعين النووية • للامام النووي رحمه الله تعالى •
٣٠ــ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل • المحقق ابي عبدالله محمد الخرشي المتوفى في سنة ١١٠١هـ وبهامشه •
٣١ــ حاشية الشيخ علي العدوي • الطبعة الثانية • الاميرية ببولاق ١٣٦٧هـ
٣٢ــ الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب مالك لابي البركات أحمد بن محمد الدردير المتوفى ١٢٠١هـ وبهامشه :
٣٣ــ بلغة السالك لاقرب المسالك • الشيخ احمد بن محمد الصاوي تحقيق الدكتور مصطفى كمال وصفي • طبع دار المعارف بمصر ١٩٧٢ •
٣٤ــ الشرح الكبير • لابي البركات احمد بن محمد الدردير ومعه :
٣٥ــ حاشية الدسوقي • شمس الدين محمد غرفة الدسوقي ، مع تقريرات المحقق سيدي الشيخ محمد عليش • ط• دار احياء الكتب العربية • عيسى الباى الحلبي •
٣٦ــ شرح ورقات امام الحرمين • لجلال الدين المحلي • ط• المطبعة السلفية القاهرة •
٣٧ــ شرح السراجية • للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني • تحقيق محي الدين عبدالحميد • ط بمطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٣هـ ــ ١٩٤٤م •
٣٨ــ شرح مجلة الاحكام العدلية • منير القاضي • ط• بمطبعة العاني بغداد ١٩٤٨م •
٣٩ــ عمدة القارى شرح صحيح البخاري • للامام بدر الدين العيني • ط• ادارة الطباعة المنيرية بمصر •

٤٠ـ عون المعبود شرح سنن ابي داود • عبدالحق العظيم الابادي • مطبعة المجد • القاهرة • الناشر المكتبة السلفية في المدينة المنورة ١٣٨٤ ـ ١٩٦٤م •

٤١ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري • لابن حجر العسقلاني • مصور عن الطبعة الاولى ببولاق • الناشر ـ دار المعرفة للطباعة ـ بيروت •

٤٢ـ فتح القدير • للكمال ابن الهمام • كمال الدين محمد بن عبدالواحد الاسكندري الحنفي المتوفى سنة ٨٦١هـ وبهامشه :

٤٣ـ العناية شرح الهداية • كمال الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦هـ صور على الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية ببولاق ١٣١٦هـ الناشر مكتبة المثنى ـ بغداد •

٤٤ـ فتح الوهاب شرح منهج الطلاب • القاضي زكريا الانصاري • مصطفى البابي الحلبي •

٤٥ـ فقه الامام الاوزاعي • د• عبدالله محمد خليل الجبوري • مطبعة الأرشاد ـ بغداد ١٣٩٧ ـ ١٩٧٧م الناشر وزارة الاوقاف ـ لجنة احياء التراث الاسلامي •

٤٦ـ فقه الامام جعفر الصادق • محمد جواد مغنية ـ الناشر دار العلم للملايين ـ بيروت •

٤٧ـ فقه الامام سعيد بن المسيب • د• هاشم جميل عبدالله • مطبعة الارشاد ـ بغداد ١٣٩٤ ـ ١٩٧٥م الناشر لجنة احياء التراث الاسلامي ـ وزارة الاوقاف •

٤٨ـ الفتاوى الكبرى • لابن تيمية • شيخ الاسلام احمد بن عبدالحليم بن تيمية المتوفى ٧٢٨هـ ط• دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت •

٤٩ـ الفوائد الشنشورية شرح المنظومة الرحبية ، الشيخ عبدالله بهاء الدين الشنشوري مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٥هـ ـ ١٩٣٦م •

٥٠ـ فيض القدير شرح الجامع الصغير . محمد عبدالرؤف المناوى المتوفى ١٠٣١هـ . مطبعة مصطفى محمد . المكتبة التجارية الكبرى ١٩٣٨م .
٥١ـ القاموس المحيط . مجد الدين الفيروز ابادى . المطبعة الميمنية . القاهرة ١٩١٩م .
٥٢ـ قصة الحضارة . ول ديورانت ، ترجمة محمد بدران . ط. لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٥٣م .
٥٣ـ اللباب في شرح الكتاب . لعبدالغني الغنيمي الميداني . تحقيق محي الدين عبدالحميد . ط. مصطفى الحلبي ١٣٦٣هـ ـ ١٩٤٤م .
٥٤ـ لسان العرب . لابن منظور . جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم بن علي الانصاري المتوفى سنة ٧١١هـ . طبع دار لسان العرب ـ عين الرمانة ـ بيروت .
٥٥ـ المبسوط للسرخسي . شمس الدين محمد بن سهل السرخسي المتوفى ٤٨٣هـ مطبعة السعادة بمصر . الطبعة الاولى ١٣٢٤هـ .
٥٦ـ المحلى . لابن حزم : لابي محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري المتوفى ٤٥٦هـ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت .
٥٧ـ مجلة كلية الشريعة العدد السادس ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م . مطبعة بابل بغداد .
٥٨ـ مختصر صحيح مسلم . للحافظ الامام عبدالعظيم بن عبدالقوي المنذري المتوفى ٦٥٦هـ تحقيق محمد ناصر الالباني . المكتب الاسلامي ـ دار العربية ـ بيروت . الطبعة الثانية ١٣٩٢ ـ ١٩٧٢م .
٥٩ـ مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء . احمد حسن طه . رسالة ماجستير . مطبعة العاني بغداد ١٣٩٤ ـ ١٩٧٥م . الناشر : رئاسة

ديوان الاوقاف في العراق .

٦٠ـ المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس . رواية الامام سحنون التنوخي ط السعادة سنة ١٣٣٢هـ .

٦٠آـ مختار الصحاح . لابي بكر عبدالقادر الرازي . نشر دار الكتاب العربي . بيروت ١٩٦٧م .

٦١ـ المصنف . للامام الحافظ ابي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني توفى ٢١١هـ تحقيق الشيخ المحدث حبيب الرحمن الاعظمي (٣٩ ـ من منشورات المجلس العلمي) .

٦٢ـ المغني . لابن قدامة . الامام موفق الدين ابو محمد عبدالله بن احمد ابن محمد بن قدامة المقدس المتوفى سنة ٦٢٠هـ مطبعة الامام ـ القاهرة . تحقيق محمد خليل هراس .

٦٣ـ مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج . الامام محمد الخطيب الشربيني . الناشر ـ المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٦٤ـ مفاتيح الغيب . المعروف بالتفسير الكبير . للامام فخر الدين محمد بن ضياء الدين عمر الرازي المتوفى ٦٠٦هـ المطبعة العامرة الشرقية . الطبعة الاولى ١٣٠٨هـ .

٦٥ـ مقدمات ابن رشد . قاضي قرطبة محمد بن احمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠هـ الطبعة الاولى بالمطبعة الخيرية ١٣٢٤هـ بهامش المدونة الكبرى .

٦٦ـ المنتقى . شرح موطأ امام دار الهجرة . للقاضي ابي الوليد سليمان الباجي الاندلسي المتوفى سنة ٤٩٤هـ الناشر : دار الكتاب العربي . بيروت . مصوراً عن طبعة دار السعادة الاولى ١٣٣٢هـ .

٦٧ـ المهذب . للامام الموفق ابي اسحاق الشيرازي . ط. عيسى البابي الحلبي .

ـ ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، للذهبي ، الحافظ ابو عبدالله محمد ابن احمد بن عثمان الذهبي المتوفى ٧٤٨هـ ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط، عيسى البابي الحلبي الاولى ١٣٨٢هـ ،

٦٩ـ نصب الراية في احاديث الهداية للزيلعي ، عبدالله بن يوسف الزيلعي الحنفي المتوفى ٧٦٢هـ ط، دار المأمون بشبرا ، الناشر المجلس العلمي ، الهند ١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٨م ،

٧٠ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة الرملي ، ط عيسى البابي الحلبي ١٣٥٧هـ ،

٧١ـ نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ، محمد بن علي الشوكاني ، مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م ،

٧٢ـ نيل المارب بشرح دليل الطالب ، الامام عبدالقادر بن عمر الشيباني ، ط بالمطبعة العامرة لصاحبها حسين بن حسني سنة ١٢٨٨هـ ـ بمصر ،

٧٣ـ قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ ـ لسنة ١٩٥٩ بتعديلاته ،

٧٤ـ قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ،



رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ٩٧٠
لسنة ١٩٨٦

مطبعة دار الرسالة ـ بغداد هاتف ٨٨٨٢٨٥١

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع
٣	تقديم للدكتور عبد الملك السعدي
٥	مقدمة الكتاب
٦	اهمية بحث المفقود
٨	الهدف من البحث
٩	المنهج المتبع
١١	تمهيد ببيان معنى المفقود في اللغة واصطلاح الفقهاء
١٣	المفقود في القانون
١٣	حكم المفقود
١٤	حكمة تمييز المفقود باحكام خاصة
١٧	الحكمة من اتخاذ هذه الاجراءات بشأن المفقود
١٩	دليل مشروعية هذه الاجراءات القضائية
٢١	منطق الحكم على المفقود
٢٣	الفصل الاول ماينبغي ان يقوم به القضاء
٢٥	النظر في نصب القيم
٢٥	حكم نصب القيم
٢٦	حكمة تشريع نصب القيم
٢٧	صفة القيم «شروطه»
٢٩	نصب القيم في القانون العراقي
٣٢	صلاحيات القيم
٣٣	اخذ الاجرة على القوامة
٤٢	مسلك القانون في العراق في اخذ الاجرة
٤٥	الفصل الثاني الزواج
٤٥	زواج المفقود وانواعه
٤٦	المبحث الاول ـ صبر الزوجة على فقد زوجها وسكوتها على ذلك
٤٧	المبحث الثاني ـ مراجعتها القضاء مطالبة البحث عنه
٤٨	الحالات التي يسوغ للزوجة ان تطلب التفريق من زوجها

أ - ان يترك الزوج زوجته بدون نفقة

ب - التعويض

ج - الشـــرط

النوع الاول - المفقود في بلاد الاسلام وحكمه

النوع الثاني - المفقود في بلاد الكفر في غير حالات الحرب

النوع الثالث - المفقود في حالات الحرب بقتال الكفار

النوع الرابع - المفقود في الفتن بين المسلمين

مطلب زوجة غائب ليس بمفقود

البحث الثالث عودة المفقـود

وفيه اربع صـــور

البحث الرابع - المنعي لها زوجها

المبحث الخامس - زواج الاسير

الخلاصـــة ١

التفريق لعدم الانفاق قانونا ١

نماذج من القضاء ١٠

طلاق الاسير زوجته ١١

ردة الاسير ١١

الفصل الثالث ١١

اموال المفقود والاسير ١١

المبحث الاول - اموال المفقود قبل الحكم بوفاته ١٢

ديون المفقود وعقود ايجاره وما يستجد له من ممتلكات ١٣

المبحث الثاني - اموال المفقود بعد الحكم عليه بوفاته ١٣

الحكم بوفاة المفقود ١٣

اثر الحكم بوفاة المفقود في امواله قانونا ١٣

نموذج من القضاء العراقي ١٣

عـودة المفقود ١٣

صور من وفاة الزوجة قبل عودة المفقود ١٤

صورة ميراث زوجة المفقود ١٤

المبحث الثالث اموال الاسير ١٤

صداق زوجة المفقود ١٥

حكم الزام الزوجة بالمهر ١٥

المهر في القانون ١٥

نموذج من القضاء ١٥

اهم النتائج والتوصيات لتي ظهر لي رجحانها من خلال البحث ١٥

مصادر البحث ١٦

الفهارس العامـــة ١٧





سعر النسخة ديناران

هــذا الكتاب

(أ) يبحث موضوع المفقود والاسير باعتبار ذلك مشكلة تشغل البال ، مع قطع النظر عن كون المفقود او الاسير متزوجا او اعزب ، فقيرا او ذا مال .

(ب) ما توصـل اليـه البحث من الحلـول ـ خصوصا ما يتعلق بفسخ زواج المفقود وحتى الاسير ـ لابد ان يتم باشراف القضاء، لخطورته ، وانه حكم على غائب .

(ج) قد تطول غيبة المفقود او الاسير ، وقد تكون زوجته في مقتبـل عمرها ، فهي زوجـة لم تستظل بكنف زوجهـا ، ولم يتحقـق لهـا سكون النفس ، ولم تتحقق من وفاته ، فمـا السبيـل الذي تسلكه ؟ وهل تبقى تتنقل بين مرارة الكبت وطول الانتظار ؟

(د) قد ينعى للمراة زوجها (مفقـودا كان ام اسيرا) فتتزوج بنـاء على خبر الناعي ، ثم بعـد ذلك يعود زوجها المفقود او الاسير ، فما الحل ؟

(هـ) هـذه الاحكام وغيرهـا ممـا يتعلـق بموضـوع المفقـود والاسير نرجـو ان يكون قـد عالجها هذا الكتاب بوجهات نظر شرعية ، بشـكل يطمئن اليه القلب لاستنباطه من كتاب الله وسنة رسولـه صلى الله عليـه وسلم وقواعـد الفقـه الاسلامي .

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ٩٧٠
لسنة ١٩٨٦

مطبعة دار الرسالة ـ بغداد هاتف ٨٨٨٢٨٥١